Die Stellung der Pflegekinder nach bürgerlichem und öffentlichem Recht

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Arnold Gentzke
Referendar aus Neubrandenburg

*

1927

Referent: Professor Dr. Feine.

Lehmann & Bernhard, Verlagsbuchdruckerei, Schönberg (Mecklb.)

Gliederung.

Seite

Einleitung: Bedeutung und Gang der Untersuchung . . . 7

I. Hauptteil: Der Begriff der Pflegekinder

A. Seine gesetzlichen Grundlagen 8
1. in der Vergangenheit 8
a) Das römische Recht 8
b) Das preußische allgemeine Landrecht 9
c) Das französisch-badische Recht 11
2. in der Gegenwart 12
a) Das bürgerliche Recht 12
b) Das öffentliche Recht 12
c) Insbesondere das Jugendwohlfahrtsgesetz 14

B. Die Entwicklung des Begriffs 16
1. Das Wesen der Pflegekindschaft 16
2. Einzelfragen 18
a) Die beteiligten Personen 18
b) Die Entstehungsarten 20

II. Hauptteil: Die Stellung der Pflegekinder

A. Nach bürgerlichem Recht 23
1. Der Pflegekindschaftsvertrag 23
a) Der Vertrag mit dem elterlichen Gewalthaber . . 23
α) Die Bedeutung der elterlichen Gewalt . . . 23
β) Ihre Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit . 25
γ) Die Übertragung der Ausübung der Personensorge 27
δ) Sonstige Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern 30
ε) Die Endigungsgründe der Pflegekindschaft, insbesondere der elterliche Herausgabeanspruch . . 32
b) Der Vertrag mit anderen Erziehungsberechtigten . 34
c) Der Vertrag mit nicht erziehungsberechtigen Personen 35
2. Vertragloſe Pflegekindschaft 36
3. Rückblick 37
a) Ein Vergleich 37
b) Vormundschaftsgericht und Pflegekindschaft . . . 38
c) Kritik der rechtlichen Regelung 41

Seite

B. Nach öffentlichem Recht 45
1. Straf-, Prozeß- und Staatsrecht 45
a) Strafrecht 45
b) Prozeßrecht 48
c) Staatsrecht 48
2. Steuer-, Besoldungs-, Sozialversicherungsrecht usw. . 49
a) Steuerrecht 49
b) Besoldungsrecht 50
c) Versorgungsrecht 50
d) Sozialversicherungsrecht 50
e) Erwerbslosenrecht 51
f) Armenrecht 51
3. Bestimmungen über Schulpflicht, Gesundheits- und Jugendpflege 52
a) Bestimmungen über die Schulpflicht 52
b) Bestimmungen über Gesundheitspflege 53
c) Bestimmungen über gewerbliche Kinderarbeit . . . 53
d) Bestimmungen über Pflegekinderschutz im Jugendwohlfahrtsgesetz 54

Schluß: Die Pflegekindschaft im Gesetzentwurf über die Stellung der unehelichen Kinder 57

Literaturverzeichnis.

Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs 1925.

André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Marburger akademische Reden Nr. 14, 1905.

Bäumer-Hartmann-Becker, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, 1923.

Baath, Verordnung über die Fürsorgepflicht, 4. Aufl., 1926.

Bericht des 29. Ausschusses über den Entwurf eines Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes, Nr. 3959 der Reichstagsdrucksachen, I. Wahlperiode.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1. Bd., 3. Aufl., 1907.

— Preußisches Privatrecht, 3. Bd., 3. Aufl., 1884.

Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 1903, 1926, 1927.

Drewes-André, Jugendwohlfahrtsgesetz und Jugendgerichtsgesetz, 1924.

Ebermayer-Rosenberg, Das Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1922.

Eckard, Das elterliche Recht auf Herausgabe der Kinder, Rostocker Dissertation, 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8.—9. Aufl., 1908.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 4. Bd., 6. Aufl.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 16. Aufl., 1925.

Friedeberg-Polligkeit, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, 1923.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 2. Ausg., 1889.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Rechts, Bde. 47, 50 und 54.

Heyner, Das Rechtsverhältnis der Pflegekindschaft, Hallenser Dissertation, 1908.

Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1903, 1904, 1925.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, 1899.

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 1923.
Marcuse, Reichssteuerrecht, 4. Aufl., 1924.
Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Bd. 34.
Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 7. Aufl., 1905.
Opet und von Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1913.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Reichsarbeitsblatt, 5. Jahrg.
Schubert, Das elterliche Erziehungsrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, Rostocker Dissertation, 1903.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1914.
Seufferts Archiv, Bd. 56.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bde. 1 und 4 und Einführungsgesetz, 9. Aufl., 1926; Bd. 2, 7. bis 8. Aufl., 1912.
Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reichs, 4. Aufl., 1. Bd., 1911, 3. Bd., 1913.
Weyl, Das deutsche Jugendrecht, 1927.
Wolff-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Familienrecht. 12.—14. Aufl., 1923.
Zeitschrift für Säuglingsschutz, Verlag Georg Stilke, Berlin, 4. Jahrg., 1912.
Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (früher: für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung), Jahrg. 1919 und 1926.

Einleitung.

Obwohl die große Kodifikation des deutschen Zivilrechts, das Bürgerliche Gesetzbuch, das Rechtsgebilde der Pflegekindschaft keines Wortes würdigt, so hat es sich dennoch im praktischen Leben bis auf den heutigen Tag erhalten, ja, es ist eine gar nicht so sehr seltene Erscheinung. Hat es nun schon allgemein einen gewissen Reiz, die rechtliche Bedeutung eines Lebensverhältnisses, soweit es vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich berücksichtigt wurde, aus dem Gesamtinhalt der Rechtsnormen zu entwickeln, so trifft dies im vorliegenden Falle in verstärktem Maße zu. Unsere Aufgabe erhält nämlich eine gewisse Verwicklung dadurch, daß in den verschiedensten Gesetzen öffentlich-rechtlicher Natur, vor allem denen der letzten zehn Jahre, der Begriff „Pflegekinder" neu aufgetaucht ist, ohne daß auch nur an einer Stelle eine nähere Regelung ihrer rechtlichen Stellung gegeben, ja, ohne daß, wie sich noch zeigen wird, in jedem Falle unter dem gleichen Worte das gleiche verstanden wurde. Konnte man also in der Zeit etwa von 1900 bis zum Weltkriege der Meinung sein, daß die Pflegekindschaft unter der Einwirkung des ihr ungünstigen neuen bürgerlichen Rechts langsam immer mehr an Bedeutung verlieren würde, so ist heute das gerade Gegenteil der Fall. Ja, das Rechtsproblem der Pflegekindschaft ist, nachdem der amtliche Entwurf einer Novelle zum BGB ernsthaft ihre Wiederaufnahme ins Zivilrecht erwägt, sogar wieder mehr in den Vordergrund des Interesses der juristischen Welt gerückt, so daß es wohl angebracht erscheinen mag, eine Untersuchung über die rechtliche Stellung der Pflegekinder nach bürgerlichem und öffentlichem Recht anzustellen. Es soll daher in den folgenden Ausführungen versucht werden, den Begriff der Pflegekinder herauszuheben und abzugrenzen, ihre rechtliche Stellung über die verschiedensten Rechtsgebiete zu verfolgen und ein gewisses Gesamtbild dieses Rechtsverhältnisses zu schaffen, wobei anhangsweise auch zu dem Gesetzentwurf Stellung zu nehmen sein wird.

I. Der Begriff der Pflegekinder.

A. Seine gesetzlichen Grundlagen.

1. in der Vergangenheit.

Wenn im ersten Hauptteil zunächst der Begriff der Pflegekinder entwickelt werden soll, so ist es, da es sich ja um die Aufstellung eines Rechtsbegriffs handelt, selbstverständlich, daß man dabei von den Bestimmungen des positiven Rechts und zwar des heute geltenden ausgehen muß. Für dessen Verständnis wird es jedoch von Vorteil sein, wenn ein kurzer geschichtlicher Rückblick auf diejenigen Rechtsgebilde voraufgeschickt wird, die zur Gestaltung des heutigen Rechts beigetragen haben.

a) Das römische Recht.

Was zunächst das römische Recht betrifft,[1]) so hat es, wie z. B. die Stellen § 5 Inst. I, 6 und C. 8, 52 mit ziemlicher Sicherheit erkennen lassen, auch zu den damaligen Zeiten schon Pflegekindschaften gegeben. Der literarische Niederschlag in den Kodifikationen ist jedoch außerordentlich gering und versagt für den Zweck einer Begriffsklarstellung fast völlig. Denn bei der ganz anderen Struktur des römischen Familienrechts, — das infolgedessen auch unser Familienrecht nicht stärker beeinflußt hat —, besonders aber der ganz abweichenden sozialen Gliederung der römischen Bevölkerung beschäftigen sich die wenigen hierher gehörigen Stellen fast nur mit der Frage, welchen Einfluß die Aussetzung eines Kindes und seine Aufnahme und Aufzucht durch fremde Dritte auf dessen status ausübt und unter wessen manus das Kind nunmehr steht. Von Interesse ist wohl nur die Stelle L. 3 C. 8, 52, nach der ein solches ausgesetztes Kind aus der manus des paterfamilias bezugsweise aus dem Eigentum oder der Hörigkeit des Herrn, der es aussetzte, heraustritt, ohne daß nun etwa die Pflegeeltern, die es aufnahmen, ein manus-, Eigentums- oder Hörigkeitsrecht erwerben. So wird einerseits der frühere Gewalthaber für das Verlassen des Kindes gleichsam bestraft durch den Verlust aller Rechte an dem Kinde, während andererseits da-

[1]) Vgl. Heyner, S. 2 und 3.

durch, daß die Aufnahme eines verlassenen Kindes keinen Erwerb von Herrschaftsrechten vermittelt, eine lediglich aus wirtschaftlichen Gründen erfolgende Aufnahme von Kindern eingedämmt wird.

b) Das preußische allgemeine Landrecht.

Eine eingehendere gesetzliche Regelung der Pflegekindschaft finden wir in den deutschen landesrechtlichen Wurzeln[2]) unseres heutigen Rechts, und zwar in den §§ 753—773 des 2. Titels des II. Teils des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794.[3]) Zwei Arten werden dort unterschieden. Einmal handelt es sich um Kinder, die von ihren leiblichen Eltern in hilfloser Lage verlassen und dann von Dritten in Pflege aufgenommen sind.[4]) An diese tatsächlichen Vorgänge knüpft das Gesetz die Rechtsfolge, daß der Dritte alle persönlichen Rechte leiblicher Eltern über die Kinder erlangt, während die Rechte zugleich in der Person der leiblichen Eltern untergehen. Der Aufnehmende ist verpflichtet, das Kind ordnungsgemäß zu erziehen und „zu einem nützlichen Gewerbe anzuführen". Ein Recht an dem Vermögen des Kindes hat der Pflegevater nicht,[5]) er kann jedoch von Kindern gemeiner oder unbekannter Herkunft eine bestimmte Zeit hindurch unentgeltliche Dienstleistungen fordern. Es tritt also wie im römischen Recht auf seiten des früheren Inhabers der elterlichen Gewalt ein völliger Rechtsverlust ein. Dagegen verleiht der Gesetzgeber aus dem sozialpolitischen wie auch finanzpolitischen Gedanken heraus, einen Anreiz zur Aufnahme hilfsbedürftiger verlassener Kinder in einen Familienverband zu schaffen,[6]) im Gegensatz zum römischen Recht den Pflegeeltern eine klare, dem wirklichen Elternverhältnis entsprechende Rechtsstellung und macht damit die Pflegekindschaft zu einem Institut des Familienrechts. Eigenartig ist, daß dieses Verhältnis ein völlig formloses Ende dadurch finden kann, daß die Pflegeeltern vor Beendigung der Erziehung „ihren Beistand zurücknehmen" (§ 771).

Eine zweite Gruppe, der nur die beiden §§ 772 und 773 gewidmet sind, betrifft diejenigen Kinder, die durch Vertrag zur Verpflegung und Erziehung übernommen sind. Hier bestimmt das Gesetz nur, daß für das Rechtsverhältnis der Beteiligten allein

---

[2]) Für das altnordische Recht vgl. M. Pappenheim, Die Pflegekindschaft in der Graugans, Festschrift für H. Brunner, 1910, S. 1 ff.

[3]) Vgl. Dernburg, § 64.

[4]) Eine unmittelbare Aufeinanderfolge von Verlassen und Aufnahme ist dabei nicht vorausgesetzt; das Kind mag eine Zwischenzeit privater oder behördlicher Obhut durchgemacht haben, ehe es eine endgültige Aufnahme fand. Dies scheint auch die Auffassung in RGSt 33, 32 zu sein (vgl. unten II. Hauptteil A 1 c).

[5]) Abgesehen von einem subsidiären gesetzlichen Erbrecht, indem er im Falle gesetzlicher Erbfolge an die Stelle solcher Verwandter tritt, die sich der Aufnahme des Kindes weigerten (§ 762).

[6]) Vgl. Motive, Bd. 4, S. 953.

die Abmachung maßgebend sein solle, daß aber, soweit darin nichts bestimmt ist, die Pflegeeltern nur soweit Rechte und Pflichten erlangen, als es „der Zweck der übernommenen Erziehung unmittelbar erfordert".

Die rechtliche Gestaltung der beiden Gruppen war demnach außerordentlich verschieden. Denn bei der letzteren war die Rechtsstellung der Pflegeeltern soweit eine ebenso unklare wie schwache, als nicht der Vertragsinhalt ihnen ausdrücklich bestimmte Rechte beilegte. Kein Wunder also, wenn bei der Betrachtung dieses Verhältnisses große Meinungsverschiedenheiten an den Tag traten, besonders über die Frage, ob der leibliche Vater trotz des bestehenden Vertrags sein Kind zurückfordern dürfe oder nicht. Dieser Frage darf wohl auch im Rahmen des vorliegenden kurzen geschichtlichen Rückblicks ein etwas breiterer Platz eingeräumt werden, da sie, wenn auch in etwas anderer Form, noch Gegenwartsbedeutung hat. In der Literatur wurde die Frage zum Teil bejaht; Förster-Eccius[7]) z. B. weist darauf hin, daß zwar bei der ersteren Gruppe kraft Gesetzes Familienrechte übertragen würden, im Falle des Vertrages aber seitens der Eltern auf Rechte nicht wirksam verzichtet werden könne, die überhaupt der Privatwillkür entzogen seien; auch könne man den vertraglichen Verzicht nicht etwa dem die genannten einschneidenden Rechtsfolgen bewirkenden Verlassen eines Kindes gleichsetzen. — Einer Stellungnahme zu der Frage sei vorausgeschickt, daß ein etwaiger Herausgabeanspruch natürlich nur für die zweite Gruppe in Frage kommt,[8]) da im ersten Falle die leiblichen Eltern ja alle Rechte verloren haben. Aber auch hier scheint mir eine Bejahung des Rückforderungsrechtes bedenklich. Wenn das Gesetz sich auch gegen jede ausdehnende Auslegung wendet, so erkennt es doch die getroffenen Abmachungen, also auch solche über die Dauer des Vertrages, vorbehaltlos an, so daß für eine vertragswidrige Zurückforderung kein Raum ist. Daß ein Verzicht auf das Rücknahmerecht grundsätzlich der vertraglichen Parteivereinbarung entzogen sei, wie Förster-Eccius meint, trifft ja nicht zu. Wenn auch die auf dem Elternverhältnis beruhenden Rechte nicht beliebig veräußert werden können, so kennt doch jede Rechtsordnung besondere Möglichkeiten, auf die elterliche Gewalt ganz oder teilweise zu verzichten, so z. B. in dem Institut der Adoption; eine ebensolche besondere gesetzliche Möglichkeit stellt aber auch die Pflegekindschaft des ALR dar. Der von Förster-Eccius ins Feld geführte Unterschied zwischen einem vertraglichen Verzicht und einem einseitigen Ver-

[7]) 6. Aufl., Bd. 4, § 220.

[8]) Anders im österreich. Allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch § 186 und der niederösterreich. Regierungsverordnung vom 16. II. 1837, wonach die leiblichen Eltern stets einen Herausgabeanspruch haben. Vgl. Ausgabe des ABGB von v. Schey, 20. Aufl. 1916.

lassen des Kindes ist, rechtlich beurteilt, kaum von Bedeutung; denn auch das Verlassen muß man durchaus als einen rechtsgeschäftlichen Akt, als eine Lossagung von den Rechten und Pflichten leiblicher Elternschaft auffassen.[9]) Ist demnach die Unzulässigkeit einer vertragswidrigen Rücknahme festzustellen, so ist deren Versagung auch nicht durch eine ausdrückliche vertragliche Verzichtserklärung der leiblichen Eltern bedingt. Es genügt, daß nach Lage der Dinge der Zweck der übernommenen Erziehung eine gewisse Dauer und Stetigkeit in der Art der Erziehung und der Person der Erzieher oder eine Einwurzelung in einen Familienverband unmittelbar erfordert. Die Pflegekindschaft des ALR stellt demnach ein Institut des Familienrechts dar, bei dem der Pflegevater das Recht und die Pflicht hat, für Erziehung und Unterhalt des Pflegekindes zu sorgen, und zwar im Falle vertraglicher Begründung in den durch den Vertrag bzw. den Zweck der übernommenen Erziehung gezogenen Grenzen, bei der durch Aufnahme eines verlassenen Kindes begründeten Pflegekindschaft in vollem Umfang der elterlichen Rechte mit Ausnahme der Vermögensverwaltung.[10])

c) Das französisch-badische Recht.

Ein Pflegekindschaftsinstitut ganz eigener Art erscheint im Code Civil als „tutelle officieuse" und nach seinem Vorbild im badischen Recht als „Pflegvaterschaft". Es läßt nur vertragliche Begründung zu, wie wir sie beim ALR in der zuletzt behandelten Gruppe fanden. So frei nun letztere gestaltet war, so sehr sie den Parteiabmachungen freien Raum ließ, so sehr ist im französischen und badischen Recht das Institut durch Vorschriften materieller und formeller Natur eingeengt. So darf der Pflegevater keine ehelichen Abkömmlinge haben und muß älter als 50, das Kind hingegen jünger als 15 Jahre sein. Die Zustimmung der Eltern bezw. des Familienrats, des Waisenhausverwalters oder des Gemeinderats ist erforderlich. Diese Einwilligungen sind ebenso wie die Aufnahmeerklärung selbst zu Protokoll des Bezirksrichters abzugeben. Die besondere Eigenart des Instituts liegt jedoch darin, daß es nur eine Vorstufe der Adoption darstellt und einer selbständigen Bedeutung ermangelt. Da nämlich das französisch-badische Recht nur eine Adoption volljähriger Personen kennt, die man während ihrer Minderjährigkeit mindestens 6 Jahre gepflegt hat,[11]) so stellt dieser „Pflegverband" einen Ersatz für die Adoption von Kindern unter 15 Jahren und zugleich die Erfüllung einer Vorbedingung für eine spätere Adoption dar. Das Verhältnis

[9]) Ebenso Dernburg, § 64; vgl. auch BGB § 959.
[10]) Vgl. Heyner, S. 5 unten.
[11]) Was aber nicht notwendig in einer tutelle officieuse geschehen brauchte, vgl. RGSt 10, 98.

ist so sehr auf die spätere Überleitung angelegt, daß ein Pflegekind, das nach erreichter Volljährigkeit trotz seiner Vorstellungen nicht adoptiert wird, von dem Pflegevater, falls es sich nicht selbst unterhalten kann, eine Entschädigung in Gestalt einer Ausstattung zum Anfang eines Gewerbes fordern kann. Während der Dauer der Pflegekindschaft beschränkt sich die Verpflichtung des Pflegevaters darauf, auf seine Kosten für Unterhalt, Erziehung und Berufsausbildung des Kindes zu sorgen; hatte es jedoch Vermögen und stand es unter Vormundschaft, so übernimmt der Pflegevater außerdem die Rolle des Vormunds und ist als solcher auch allen Verpflichtungen eines solchen, z. B. bezüglich der Rechnungslegung, unterworfen. Das Wesen dieses ebenfalls familienrechtlichen Instituts ist demnach die rechtsförmliche, mit Zustimmung des Gewalthabers erfolgte Aufnahme eines Minderjährigen unter 15 Jahren zwecks späterer Adoption mit der Verpflichtung, für dessen Unterhalt und Ausbildung aufzukommen und, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen, die Aufgaben eines Vormunds an ihm zu erfüllen.

2. in der Gegenwart.

a) Das bürgerliche Recht.

Sehen wir uns nun im geltenden Recht nach gesetzlichen Grundlagen des Pflegekinderbegriffs um, so müssen wir die schon eingangs kurz erwähnte Tatsache feststellen, daß das BGB das Institut der Pflegekindschaft nicht aufgenommen hat, ja es überhaupt nicht erwähnt. Es drängt sich daher die Frage auf: wenn das BGB ganz bewußt die Pflegekindschaft aus seinem Bereich verbannt, ist dann nicht unsere ganze Problemstellung, wenigstens soweit das Zivilrecht, ihr eigentlicher Wurzelboden, in Betracht kommt, müßig? Sie wäre es, wenn aus der Stellungnahme der Motive folgte, daß nun überhaupt die Kategorie Pflegekinder, wenigstens soweit es sich um zivilrechtliche Fragen handelte, aufgehört hätte zu bestehen. Das ist jedoch keineswegs der Fall. Die Motive (Bd. 4, S. 953) verneinen lediglich ein Bedürfnis, die Pflegekindschaft mit bestimmten Wirkungen auszustatten, sie als selbständiges Institut aufzubauen und erkennen damit stillschweigend den Fortbestand der Kategorie nicht nur als logische, sondern auch als praktische Möglichkeit an. Solange aber eine solche praktische Möglichkeit vorliegt, ist auch die Frage berechtigt, welche Bedeutung ihr in der herrschenden Zivilrechtsordnung zukommt.

b) Das öffentliche Recht.

Es steht nun aber nicht so, daß wir im geltenden Recht überhaupt auf eine gesetzliche Grundlage unseres Begriffs verzichten müßten. Eine ganze Reihe geltender Gesetze öffentlich-rechtlicher

Natur, die wir unten noch kennenlernen werden, verwenden den Pflegekindschaftsbegriff. Als wichtigstes unter diesen sei das Strafgesetzbuch vom 31. 5. 1870/15. 5. 1871 genannt. Es gibt im § 52 Abs. 2 die Definition des Angehörigenbegriffs, die mit Recht von der herrschenden Ansicht[12]) auf das ganze StGB ausgedehnt wird, und führt dort neben Verwandten auf- und absteigender Linie, Geschwistern, Ehegatten, Verlobten, Adoptiveltern und -kindern auch Pflegeeltern und -kinder auf.[13]) Die zweite Erwähnung geschieht im § 174 in der Ziffer 1, welche neben Vormündern, die mit ihren Pflegebefohlenen, und Adoptiveltern, die mit ihren Adoptivkindern, auch Pflegeeltern, die mit ihren Pflegekindern unzüchtige Handlungen vornehmen, mit Strafe bedroht. Beide §§ lassen nun allerdings eine Definition des Pflegekindschaftsbegriffs vermissen, obwohl man eine solche heute besonders erwarten könnte, da der Begriff ja nicht mehr, wie z. B. der Adoptivbegriff, als aus dem Zivilrecht bekannt angesehen werden kann. Dennoch läßt sich aus dessen, auch in den anderen öffentlichrechtlichen Gesetzen wiederkehrender Gleichordnung mit dem der leiblichen Kindschaft, der Verwandtschaft, des Adoptiv- oder des Vormundschaftsverhältnisses wenigstens so viel schließen, daß es sich auch bei ihm um ein Verhältnis handeln muß, das den genannten Verhältnissen irgendwie gleichgeartet ist. Die nähere Auslegung aber muß, da alle gesetzlichen Anhaltspunkte für eine Begriffsbestimmung fehlen, wohl oder übel auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zurückgreifen und kann das Vorliegen einer Pflegekindschaft nur nach der tatsächlichen Lage des Einzelfalls bejahen oder verneinen. So hat es denn auch das Reichsgericht seit langem in ständiger Rechtsprechung getan[14]) und den Begriff der Pflegekindschaft dahin umschrieben, daß diese „ein Verhältnis ist, das, demjenigen zwischen natürlichen oder angenommenen Eltern und Kindern ähnlich, tatsächlich so gestaltet ist, daß es wie dieses ein dauerndes, sittlich gleichartiges Band zwischen den Verbundenen herstellt"; das Reichsgericht spricht von einer tatsächlichen Nachbildung des natürlichen Elternverhältnisses und von einem ihm entsprechenden Abhängigkeits- und Schutzverband. Man darf

[12]) Siehe Teil II B, Anm. 53.

[13]) Ebenso im amtlichen neuen Entwurf des StGB § 11 Abs. 2.

[14]) Vgl. RGSt in JW 1925, 366; auch RGSt 13, 148; 34, 161; 41, 198; Ebermayer, Anm. 5 d zu § 52; Olshausen, Anm. 21 zu § 52; Frank, Anm. IV, 4 zu § 52. Solange das ALR und der Code Civil in Teilen Deutschlands galten, ist dieser Standpunkt allerdings noch nicht klar zum Ausdruck gekommen. In RGSt 3, 125 werden sogar etwaige landesrechtliche Vorschriften über die Pflegekindschaft als für den strafrechtlichen Begriff maßgebend hingestellt. Ebenso, wenn auch unter stärkerer Betonung der tatsächlich vorliegenden Pflege, äußert sich RGSt. 13, 148. Dagegen wird schon in RGSt 10, 97 für das Geltungsgebiet des Code Civil ausgeführt, daß die gesetzliche Regelung der Pflegekindschaft durch die tutelle officieuse nicht hindere, auch noch andere rein tatsächliche Pflegekindschaften im Sinne des StGB anzunehmen.

unbedenklich annehmen, daß, soweit nicht besondere Gegengründe sich ergeben, diese Begriffserläuterung auch für alle anderen Gesetze zutrifft, in denen der Pflegekindschaftsbegriff ohne nähere Erklärung in einer ähnlichen Gleich- und Nebenordnung mit dem leiblichen und dem Adoptivkindschaftsbegriff usw. wie im StGB erscheint. Es gilt also, aus der natürlichen Auffassung des Lebens, aus der Wortbedeutung selbst den Begriff näher zu entwickeln. Das heißt nun nicht, das Gebiet des Rechts verlassen und in anderen Sphären Anleihen zu machen, um eine Lücke der Rechtsordnung zu füllen; nein, der natürliche Pflegekindschaftsbegriff, auf den das positive Recht verweist, ist ja selbst rechtlicher Art, betrifft ja selbst die äußere gesetzte Ordnung menschlichen Zusammenlebens und kann daher, da der Gesetzgeber es so will, unmittelbar in den Aufbau des positiven Rechts übernommen werden.

c) Insbesondere das Jugendwohlfahrtsgesetz.

Bevor wir uns aber der Begriffsbestimmung zuwenden, müssen wir uns noch mit einem neueren Gesetze befassen, das die Aussagen über das Fehlen einer Definition Lügen zu strafen und für die Auslegung des Begriffs von großer Bedeutung zu sein scheint, mit dem Jugendwohlfahrtsgesetz vom 9. 7. 1922. Dort findet sich nämlich ein besonderer Abschnitt über Pflegekinder, der folgende Definition bringt: „Pflegekinder sind Kinder unter 14 Jahren, die sich dauernd oder nur für einen Teil des Tages, jedoch regelmäßig, in fremder Pflege befinden, es sei denn, daß von vornherein feststeht, daß sie unentgeltlich in vorübergehende Bewahrung genommen werden" (§ 19). Ausgenommen werden aber, von Sonderfällen abgesehen, bei nahen Angehörigen verpflegte Kinder. Bei diesen Bestimmungen ist in unserem Zusammenhang mancherlei auffällig: zunächst die Altersgrenze, sodann, daß schon eine regelmäßige, aber nur für einen Teil des Tages erfolgende Aufnahme die Voraussetzung erfüllt und daß die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Aufnahme von Bedeutung wird. Alle diese Merkmale passen zu unserem oben allgemein aufgestellten Kriterium der Ähnlichkeit mit dem leiblichen oder Adoptiveltern- und -kindesverhältnis nicht und liegen auf einer ganz anderen Linie. Das Gesetz vermeidet sogar peinlich den Ausdruck Pflegeeltern, es verwendet statt dessen einen Relativsatz: „Wer ein Pflegekind aufnimmt" (§ 20), „Wer ein solches Kind in Pflege hat" (§ 26) oder spricht von der Pflegeperson (§ 23) oder von der Pflegestelle (§ 27). Während weiter der Sinn der früher genannten Gesetzesstellen war, aus dem Kindschaftsverhältnis hergeleitete Rechtsfolgen auf ein diesem ähnliches Verhältnis auszudehnen, ist der Zweck der uns jetzt beschäftigenden Vorschriften offenbar ein anderer. Das wird klar, wenn man sich die Gesamttendenz des Gesetzes vergegenwärtigt, wie sie der § 1 zum Ausdruck bringt.

Dort wird nämlich als Leitsatz vorangestellt, daß da, wo der Anspruch eines Kindes auf Erziehung zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit von der Familie nicht erfüllt wird, öffentliche Jugendhilfe eingreift. Der erwähnte Abschnitt, der die Überschrift „Schutz der Pflegekinder" trägt, befaßt sich nun mit einer Gruppe von Kindern, die erfahrungsgemäß der Gefahr einer Vernachlässigung in der Erziehung ganz besonders ausgesetzt sind, nämlich mit den Kindern, die sich regelmäßig bei fremden Leuten aufhalten, und unterstellt sie einer geordneten Aufsicht der Jugendwohlfahrtsbehörden. Der Gedanke, nach dem das Gesetz die Abgrenzung vornimmt, ist daher ein rein fürsorgepolitischer. Es sucht alle Gruppen von in fremder Obhut befindlichen Kindern, deren Wohl ihm eine Überwachung zu erfordern scheint, hervor und faßt sie unter dem einheitlichen Sammelnamen Pflegekinder zusammen, um mit ihm dann in fürsorgerechtlicher Beziehung weiterarbeiten zu können. Es zeigt sich also, daß das JWG, wenn es von Pflegekindern spricht, zwar ein gleiches Wort[15]) verwendet wie die übrigen vorgenannten Gesetze, in der Sache aber ganz etwas anderes meint. Bei der Abgrenzung der beiden gleich benannten Begriffe zeigt sich sogar eine auseinander strebende Tendenz: je mehr die Stellung eines in fremder Obhut befindlichen Kindes der eines eigenen leiblichen Kindes gleichkommt, mit um so größerer Wahrscheinlichkeit wird es ein Pflegekind in dem bisher verwandten Sinne sein, um so weniger aber erfordert seine Stellung eine behördliche Überwachung und um so geringer ist die Wahrscheinlichkeit, daß es unter den betreffenden Abschnitt des JWG fällt. Etwas pointiert kann man demnach sagen: der Gesichtspunkt, nach dem dieses Gesetz den Begriff umgrenzt, ist nicht der der Gleichartigkeit ihres Verhältnisses zu den Obhutspersonen mit dem der leiblichen oder Adoptivkindschaft, sondern gerade der Gesichtspunkt einer öffentliche Überwachung herausfordernden Ungleichartigkeit.

Der Begriff des JWG ist also grundverschieden von der Bedeutung, die wir in der bisherigen Untersuchung dem Pflegekinderbegriff beilegten und bei der es sich stets darum handelte, daß fremde Kinder als eigene aufgenommen und gehalten wurden. Wenn nun oben die Frage der Verwendbarkeit des JWG für die Auslegung des Pflegekinderbegriffs etwa des StGB aufgeworfen wurde, so ist diese zu verneinen; denn eine solche Verwendbarkeit würde eine gleiche Grundbedeutung der Begriffe voraussetzen, welche hier nicht gegeben ist. Ihre Verschiedenheit erfordert vielmehr auch eine solche des Ausdrucks. Daher seien im folgenden

[15]) Ständen nicht psychologische Gründe entgegen, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden soll, so hätte es ebensogut für den neuen Sammelbegriff auch ein neues Wort wie etwa Aufsichts- oder Fürsorgekinder oder aber den alten Begriff Halte- oder Kostkinder in erweiterter Bedeutung verwenden können.

die vom Jugendamt beaufsichtigten Pflegekinder des JWG Aufsichtspflegekinder, die anderen, die gleichsam wie eigene Kinder ihrer Pflegeeltern gestellt sind, Eigenpflegekinder genannt.

Ist demnach eine einheitliche Verwendung der Begriffe ausgeschlossen, so fragt es sich, welcher von beiden unserer Untersuchung zugrunde zu legen ist. Die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Der eine ist erwachsen auf dem Gebiet des Familienverbandes, einer durch alle Einzelrechtsgebiete wie durch die Rechtssysteme aller Zeiten bedeutsamen Grunderscheinung menschlichen Zusammenlebens, der andere lediglich auf dem Gebiet einer zur Zeit einer besonderen Jugendnot einsetzenden behördlichen Tätigkeit innerhalb einer einzelnen Rechtsgemeinschaft. Der eine blickt auf eine lange Geschichte und Tradition zurück, der andere ist erst in den letzten Jahren auf Grund von Parlamentskompromissen[16]) neu konstruiert. Demnach ist die vorliegende Untersuchung als eine das gesamte geltende Recht durchschneidende nur dann zu rechtfertigen und nur dann erfolgversprechend, wenn sie den alten herkömmlichen Begriff zugrunde legt und die Stellung der Eigenpflegekinder als ihr Thema ansieht. Das schließt natürlich die unbedingt erforderliche Prüfung nicht aus, ob und wie weit diese Pflegekinder etwa zugleich auch dem dritten Abschnitt des JWG unterstehen und welche Folgerungen sich daraus für sie ergeben.

Da das JWG zur Erläuterung des für uns maßgebenden Begriffs nichts beitragen kann, bleibt also nur übrig, zu der schon gekennzeichneten Aufgabe zurückzukehren, den Begriff der (Eigen-) Pflegekinder aus dem Sprachgebrauch des Lebens zu entwickeln.

B. Die Entwicklung des Begriffs.

1. Das Wesen der Pflegekindschaft.

Die Pflegekindschaft orientiert sich in ihrer Begriffsbestimmung an der echten Kindschaft, wie schon das Wort erkennen läßt; der Zusatz „Pflege" bedeutet nicht, daß für das Verhältnis eine besondere Pflege und Fürsorge charakteristisch wäre, hebt die Pflege vielmehr nur deshalb hervor, weil sie nicht wie bei der echten Kindschaft eine selbstverständliche und naturgegebene ist. So trägt die Pflegekindschaft einen gewissen Ersatzcharakter. Soll ihr Wesen darum klargestellt werden, so bedarf es zunächst einiger Worte über das, wofür sie Ersatz schaffen will, nämlich über das Eltern- und Kindesverhältnis.

Zwei Betrachtungsweisen kann man hierbei unterscheiden, die soziologische und die juristische. Das Eltern- und Kindesverhält-

[16]) Vgl. Bericht des 29. Ausschusses S. 12, 13, 31.

nis stellt zunächst einen naturgegebenen Schutzverband für die jungen Glieder der menschlichen Gesellschaft dar, sie finden dort die Erfüllung ihrer Lebensbedürfnisse, die sie noch nicht selbst befriedigen können, finden Schutz vor den Gefahren, die ihnen von der Umwelt drohen, sie bauen sich aus dem, was sie in diesem Kreise wahrnehmen, auf dem Grunde ihrer Anlagen ihre geistige Welt auf und finden in der Familie, die ja auf dem Eltern- und Kindesverhältnis als ihrem Kerne beruht, den Mittelpunkt aller ihrer Lebensbeziehungen, den Wurzelboden eines sozialen Zusammengehörigkeitsgefühls und eines Einordnungsvermögens.

Diese naturgegebene soziologische Bedeutung findet nun einen entsprechenden Niederschlag in der rechtlichen Regelung, indem sie z. B. im deutschen BGB den Eltern Recht und Pflicht der Fürsorge für die Kinder und deren Vertretung im Rechtsleben zuweist. Sie knüpft diese Rechtsstellung, da als Grundlage von Rechten nur klare Tatsachen geeignet sind, an den Tatbestand der leiblichen Abkunft der Kinder, ohne daß es zunächst darauf ankommt, ob auch die soziologische Verbundenheit von Eltern und Kindern ihr Recht erhält.[17]) Während letztere als Eingliederung in die häusliche Gemeinschaft äußerlich erkennbar ist, tritt die Rechtsstellung nur da als solche sichtbar hervor, wo es sich nicht um die alltägliche Leitung der Kinder handelt, sondern darum, wichtige Entscheidungen über Aufenthalt, Ausbildung, religiöse Erziehung, Berufswahl usw. zu treffen und das Kind vor Behörden oder im Privatrechtsleben zu vertreten. Es können daher, was für das Folgende noch von Bedeutung sein wird, die Personen, mit denen ein Kind in häuslicher Gemeinschaft steht, von denjenigen, mit denen es durch die Rechts- und Pflichtverhältnisse des Familienrechts verbunden ist, durchaus verschieden sein. Wer demnach ein Verhältnis mit dem Eltern- und Kindesverhältnis vergleichen will, muß sich vorerst darüber klar werden, ob der Vergleich in soziologischer Hinsicht erfolgen soll oder in juristischer. Soweit man nun darauf angewiesen ist, mangels selbständiger positiv-rechtlicher Definition die Pflegekindschaft als ein Lebensverhältnis in Anlehnung an das Elternverhältnis abzugrenzen, so kommt als tertium comparationis nur die erstgenannte, nach außen sichtbar in Erscheinung tretende Seite in Frage.[18])

Die Pflegeeltern werden also, wie im Regelfalle leibliche Eltern, dem Kinde Unterkunft und Unterhalt gewähren, es be-

[17]) Allerdings können starke Mängel auf diesem Gebiet zur teilweisen oder vollständigen Entziehung auch der Rechtsstellung führen. (§§ 1666, 1836 BGB, 63 JWG.)

[18]) Geht man dagegen von dem rechtlichen Gesichtspunkt aus, so nimmt z. B. der Amts- oder Einzelvormund, der vielleicht von fremdem Orte aus die Verhältnisse des Kindes und seine Vertretung regelt, eine elternähnliche Stellung ein.

aufsichtigen und erziehen, kurz, ihm alle elterlichen Fürsorgemaßnahmen angedeihen lassen. Dabei werden sie im eigenen Namen und nach eigenem Dafürhalten handeln, wodurch sie sich von sogenannten Pensionseltern unterscheiden, die auch fremden Kindern Unterhalt gewähren, auch eventuell eine gewisse Aufsicht und Erziehung ausüben, dabei aber nur im Namen der gesetzlichen Vertreter und im Rahmen der von diesen ihnen eingeräumten Befugnisse und mehr oder weniger nach deren Weisungen handeln. Ein weiterer Unterschied liegt darin, daß ein Pensionsverhältnis stets auf eine begrenzte Zeit, etwa für die Dauer eines Schulbesuchs oder unter Vereinbarung einer Kündigungsfrist eingegangen wird, während die Pflegekindschaft ebenso wie das Elternverhältnis nicht auf Zeit, sondern begrifflich auf Dauer[19]) gerichtet ist, wenn sie auch nicht wie jenes notwendig auch praktisch die Lebenszeit der Beteiligten hindurch wirkt. Natürlich endet die Pflegekindschaft nicht durch eine vielleicht längere, aber nur als vorübergehend gedachte Abwesenheit etwa zwecks auswärtigen Schulbesuchs,[20]) sofern nur das Pflegeelternhaus der eigentliche Mittelpunkt des Lebens bleibt. Es endet auch nicht notwendig durch Volljährigkeit des Kindes.[21])[22]) In späteren Lebensjahren sind entsprechend der größeren Selbständigkeit des erwachsenen Kindes an die Äußerungen des Fortwirkens der Familienverbundenheit natürlich erheblich geringere Anforderungen zu stellen; es genügt, daß sich etwa aus gegenseitigem Gedankenaustausch, Besuchen und Freundlichkeitserweisungen der Fortbestand einer inneren Verbundenheit ergibt, wie sie sich bei gleicher Alterslage in einem von den Beteiligten bewußt gelebten Eltern- und Kindesverhältnis zeigt.

2. Einzelfragen.

a) Die beteiligten Personen.

An Deutlichkeit wird der Begriff gewinnen, wenn wir nunmehr noch einige Einzelfragen erheben und bei der Beantwortung

[19]) Nicht die verflossene Zeit, sondern die Absicht der Beteiligten entscheidet.

[20]) Oder Einziehung zum Heeresdienst, vgl. Bundesratsverordnung vom 21. 1. 1916 (RGBl S. 55).

[21]) Vgl. Ebermayer, § 52, Anm. 5 d. Wenn Frank in § 52, Anm. IV, Nr. 4 ausführt, das Verhältnis überdauere als rechtliches die tatsächliche Pflegschaft, so trifft das nicht zu. Nur solange liegt rechtlich eine Pflegekindschaft vor, als das Verhältnis tatsächlich besteht. RGSt 13, 148, auf welche Frank sich beruft, betrifft die vom ALR als Rechtsinstitut ausgestattete Pflegekindschaft durch Aufnahme eines verlassenen Kindes und ist in dieser Hinsicht für die heutige Rechtslage ohne Bedeutung. — Wenn Schwartz, Anm. 5 d zu § 52, sagt, mit der tatsächlichen Beendigung des Pflegeverhältnisses endige die Angehörigkeit, so steht dies dann nicht im Widerspruch mit der im Text vertretenen Ansicht, wenn man für die Beurteilung des tatsächlichen Fortbestands die oben im Text weiter erwähnten Gesichtspunkte berücksichtigt.

[22]) Darin, daß die Angehörigkeit von Pflegeeltern und -kindern einseitig aufgehoben werden kann, besteht eine Parallele zur Angehörigkeit der Verlobten.

von der Überlegung ausgehen, wie weit der Sprachgebrauch im Einzelfall noch eine Pflegekindschaft annehmen wird. Fragen wir also: welche Personen kommen als Beteiligte in Frage, und wie kommt eine Pflegekindschaft überhaupt zustande?

In die Pflegekindschaft eintreten können nur Kinder, also Personen, die infolge ihres jugendlichen Alters der Erziehung und Leitung bedürfen, da der Ausdruck Pflegekind wie bei der echten Kindschaft zunächst im Sinne einer Entwicklungsstufe und erst dann in dem eines Verwandtschaftsverhältnisses zu verstehen ist. Eine bestimmte Altersgrenze für die Erziehungsbedürftigkeit anzugeben ist natürlich nicht möglich; sie wird in jedem Einzelfalle entsprechend der erlangten körperlichen und geistigen Entwicklung verschieden liegen,[23]) mindestens aber mit dem Eintritt der Volljährigkeit erreicht sein. Daß eine einmal begründete Pflegekindschaft über diese Altersgrenze hinauswirken kann, ist schon oben erörtert. Die Aufnahme eines volljährigen, wenn auch noch in der Berufsausbildung stehenden Menschen kann dagegen nicht als Begründung einer Pflegekindschaft gelten.

Was die Person des Aufnehmenden betrifft, so ist nur erforderlich, daß sie die Voraussetzungen dafür bietet, daß sich wirklich ein Verhältnis ähnlich dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden entwickeln kann. Für das verwandte Adoptionsverhältnis, das seiner Bedeutung nach als eine Art soziologisches und juristisches Ersatzgebilde zum Elternverhältnis gedacht ist (Pflegekindschaft plus Rechtsstellung der Eltern), wenngleich die erstere Seite nicht zu seiner notwendigen Voraussetzung gehört, gibt das BGB eingehende Vorschriften über die Adoptierenden, besonders hinsichtlich des Alters (§§ 1741 ff. BGB). Gehen wir diese einmal der Reihe nach durch, um festzustellen, wie weit auch in unserem Falle die Natur der Sache sie erfordert. Ausscheiden müssen alle die strengen Erfordernisse, die zugunsten einer festen Grundlage jenes Rechtsinstituts wie auch aus rechtspolitischen Gründen, z. B. um leibliche Kinder der Annehmenden nicht zu benachteiligen, aufgestellt sind, soweit sie nicht in der Natur eines elternähnlichen[24]) Verhältnisses überhaupt begründet sind. Aufnehmender kann bei der Adoption wie in unserem Falle auch eine männliche oder weibliche Einzelperson sein. Das Vorhandensein eigener ehelicher Abkömmlinge ist aber im Gegensatz zur Adoption kein Hindernis, ebensowenig das Vorhandensein eines schon früher aufgenommenen Pflegekindes. Was das Alter der Aufnehmenden betrifft, so ist nur ein ausreichender Altersunterschied zwischen Eltern und Kindern vorauszusetzen, ohne daß dieser

[23]) Vgl. auch Staudinger, Anm. I 5 b zu § 1631 BGB.

[24]) Der Ausdruck „Eltern" sei im folgenden wie überhaupt in dieser Arbeit als gemeinsame Bezeichnung für Vater oder Mutter und nicht nur für Vater und Mutter verwandt.

streng an die Zahl von mindestens 18 Jahren zu knüpfen ist. Ebensowenig ist Volljährigkeit des Aufnehmenden begrifflich notwendig, da ja selbst eine eheliche Mutter nicht volljährig zu sein braucht. Dagegen wird die Bestimmung des § 1746, daß, wer verheiratet ist, nur mit Einwilligung seines Ehegatten ein Kind annehmen kann, auch hier Bedeutung haben, es sei denn, daß die Ehegatten dauernd getrennt leben; denn gegen den Willen des andern zur gleichen Hausgemeinschaft gehörenden Ehegatten könnte sich ein dauerndes elternähnliches Verhältnis nicht entwickeln. Nicht zu übernehmen ist wiederum der § 1749, der aussagt, als gemeinschaftliches Kind könne ein Kind nur von einem Ehepaar angenommen werden; dem Begriff der Pflegekindschaft würde es nicht widersprechen, wenn ein Paar, das ohne den Rechtsakt der Eheschließung mit dem Willen zu dauernder Gemeinschaft zusammenlebt, ein Kind als eigenes aufnimmt. Ja, unter Umständen könnte ein gemeinschaftliches Pflegekind auch wohl bei anderen Personen als Mann und Frau gefunden werden, z. B. bei zwei dauernd zusammenlebenden Schwestern, wiewohl der Fall, daß beide an dem Kinde Elternstelle vertreten, selten sein wird.

Wenn ein verwitweter Elternteil, der unerzogene Kinder hat, eine neue Ehe schließt, oder eine Frau uneheliche Kinder in die Ehe einbringt, so wird es im Zweifel unter den Eheleuten selbstverständlich sein, daß der neue Gatte die Kinder des anderen dauernd wie eigene hält, sodaß die Stiefkinder zugleich Pflegekinder werden. Die Teilung der Fürsorge unter die Ehegatten hindert die Entstehung der Pflegekindschaft nicht. Dies ist auch die Ansicht von Literatur und Rechtsprechung.[25]) Auch ein fälschlich legitimiertes Kind, das die Stellung eines ehelichen nicht erlangen kann, kann Pflegekind sein.[26]) Bei all diesen Einzelfragen handelt es sich aber, wie nochmals betont werden mag, nicht um äußere Vorschriften gesetzten Rechts, sondern sie beruhen sämtlich lediglich auf der Erwägung, ob der allgemeine Sprachgebrauch wohl in diesem oder jenem Falle von einer Pflegekindschaft reden würde oder nicht.

b) Die Entstehungsarten.

Wie kommt nun eine Pflegekindschaft zustande? Zunächst durch einen Willensakt, durch den jemand ein fremdes Kind in seinen Lebensbereich aufnimmt, um an ihm dauernd Elternstelle zu vertreten. Verschieden ist aber die Art, auf die der Aufnehmende

---

[25]) Vgl. besonders RGSt 41, 198; Ebermayer § 52 Anm. 5 f: „Die zusammengebrachten Kinder zweier Ehegatten sind in der Regel Pflegekinder des anderen Teils"; RG in JW 1917, 656; RGRK Anm. 5 zu § 1631.

[26]) Vgl. Olshausen, Anm. 21 zu § 52; siehe auch Wolff-Kipp § 89 Anm. 14 und OLG 38, 258.

an das Kind gelangt. In aller Regel geschieht das durch eine Vereinbarung mit demjenigen, der die Verfügungsgewalt[27]) über das aufzunehmende Kind hat, des Inhalts, daß der Aufnehmende in Zukunft alle Pflichten leiblicher Eltern hinsichtlich des Kindes erfüllen und die ihnen zustehenden Rechte ausüben solle. Diese Vereinbarung ist der sogenannte Pflegekindschaftsvertrag. Die Vertragsparteien sind einerseits die Pflegeeltern, andererseits nicht etwa das Pflegekind, sondern der bisherige Inhaber der Verfügungsgewalt, da er es ist, der seine dem Kinde gegenüber bestehende Stellung weitergibt. Wenn nun Heyner[28]) ausführt, die einzige Entstehungsart der Pflegekindschaft sei der Vertrag, so kann ich dem nicht zustimmen. Falls er ihn als zum Begriff erforderlich ansieht, so findet diese Annahme weder im Gesetz noch in der natürlichen Logik der Sache eine Stütze. Sollte der Ausspruch aber nur im Hinblick auf die heutigen praktischen Möglichkeiten gemeint sein, so ist er m. E. dennoch nicht richtig, wenn auch die vertragliche Entstehungsart bei weitem vorwiegt und ein abweichender Fall selten sein wird, meines Wissens auch in der Literatur noch nicht als solcher erörtert ist.

Es gibt aber auch einen vertragslosen Entstehungsfall. Wir erinnern uns der eigenartigen Zweiteilung, die das ALR aufwies, das die auf Vertrag beruhende Pflegekindschaft von der durch einseitige Aufnahme eines verlassenen, z. B. eines sogenannten Findelkindes begründeten unterschied. Kann z. B. letzterer Fall auch heute noch praktisch werden? Man ist versucht, die Frage zu verneinen aus der Erwägung, daß bei dem sorgfältigen Ausbau des polizeilichen Meldewesens und Ordnungsdienstes, der staatlichen, kirchlichen und privaten Armenfürsorge, des Netzes besonderer Jugendwohlfahrtsbehörden und der Ausdehnung der Amtsvormundschaft heute auch ein von seinen Eltern verlassenes Findelkind in kürzester Frist nicht nur in betreuende Hände kommt, sondern sogar einen gesetzlichen Vertreter erhält. Dennoch ist es gerade heute bei der steigenden Heimatlosigkeit und dem ständigen, oft planlosen Aufenthaltswechsel weiter Kreise, besonders in bestimmten Großstadtvierteln, durchaus denkbar, daß z. B. eine Familie ein neugeborenes ausgesetztes Kind als eigenes aufnimmt, ohne davon eine Anzeige zu machen, und daß lange Jahre bis zur Aufdeckung des Sachverhalts vergehen. Oder ein anderes Beispiel: Bei den Kämpfen um ein Dorf in Russisch-Polen wird eine Gruppe deutschsprachiger Ansiedler teils getötet, teils geversprengt. Ein 10jähriger Junge, dessen Eltern seitdem verschollen sind, wird mit einer entfernten Verwandten, die sich seiner mütterlich annimmt, nach Deutschland gebracht. Mit wem sollte

---

[27]) Absichtlich sage ich nicht: Verfügungsbefugnis (siehe unten).
[28]) S. 10, vgl. auch S. 9 „mit Einwilligung der Eltern".

sie einen Pflegekindschaftsvertrag schließen? Der schließlich bestellte Vormund kommt als andere Vertragspartei nicht in Frage, da das Verhältnis ja schon vorher bestand. — Endlich kommt es vor, daß ein Vormund sein Mündel kraft des Aufenthaltsbestimmungsrechts als eigenes Kind in sein Haus nimmt, wobei ebenfalls für einen Vertragsschluß kein Raum ist. Würde man etwa in diesen Fällen das Vorliegen einer Pflegekindschaft trotz Zutreffens der sonstigen Voraussetzungen verneinen und die Betreffenden von der Berücksichtigung, die das Gesetz einem elterngleichen Verhältnis etwa zuteil werden läßt, ausschließen, nur weil kein Vertrag vorliegt? Im Gesetz wäre dafür keine Grundlage. Vertragliche Abmachungen sind, wiewohl sie in aller Regel zugrunde liegen, kein Kriterium der Pflegekindschaft, sondern das ist allein die tatsächliche Stellung, die „Eltern" und „Kinder" zueinander einnehmen. Auf die beiden Entstehungsarten können wir zwecks größerer Anschaulichkeit die im Gebiet der Erwerbung von Rechten gebräuchlichen Begriffe der derivativen (abgeleiteten) und der originären (selbständigen) Entstehung anwenden.

Zusammenfassend ist somit zu sagen: unter Pflegekindschaft versteht man ein Lebensverhältnis, das darauf beruht, daß jemand ein fremdes Kind aufgenommen hat[29]) und in dauernder sittlicher Verbundenheit alle die Maßnahmen der Fürsorge in eigenem Namen weiter an ihm ausübt, die nach der Lebenssitte von leiblichen Eltern an ihren Kindern ausgeübt werden, ohne daß jedoch eine rechtsförmliche Annahme an Kindes Statt vorliegt.

---

[29]) Das Perfektum ist erforderlich, weil es dem Begriff nicht entgegensteht, daß der einst Aufgenommene aus einem Kinde ein Erwachsener geworden ist; daher ist es unrichtig, wenn Heyner S. 9 nur den Minderjährigen nennt.

II. Die Stellung der Pflegekinder.

A. Nach bürgerlichem Recht.

Haben wir nunmehr den Begriff Pflegekinder festgestellt, so handelt es sich jetzt darum, zu untersuchen, wie ihre Stellung in der Rechtsordnung sich gestaltet, welche Berücksichtigung ihre besondere Lage dort findet, und zwar zunächst auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, welches, wie wir sahen, sie zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dennoch aber auf Grund der allgemeinen Rechtssätze, insbesondere des hier einschlägigen Familienrechts, eine solche Untersuchung gestattet. Die Gliederung ergibt sich von selbst aus der eben behandelten Verschiedenheit der Entstehungsart, die ja auch für die rechtliche Stellung von Bedeutung sein wird. Die Einteilung wird zweckmäßig so erfolgen, daß vor der originären Pflegekindschaft zunächst die bei weitem bedeutungsreichere derivative behandelt wird.

1. Der Pflegekindschaftsvertrag.

a) Der Vertrag mit dem elterlichen Gewalthaber.

α) Die Bedeutung der elterlichen Gewalt.

Bei der Prüfung der abgeleiteten Pflegekindschaft ist zunächst die Feststellung nötig, welche Rechtsstellung denn auf seiten des Übertragenden vorliegt, die für diese Übertragung Bedeutung haben kann. In Betracht kommt natürlich in erster Linie als beim Hauptfall der vertraglichen Entstehung die Rechtsstellung wirklicher Eltern. Die wesentlichen Momente dieser Stellung finden in dem Begriffe der elterlichen Gewalt ihren zusammenfassenden Ausdruck. Zur richtigen Würdigung dieses für unsere Aufgabe bedeutsamen, in der vorliegenden Form vom BGB neugeschaffenen Instituts sei kurz ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung geworfen.[1])

Das römische Recht verleiht dem Vater in der patria potestas ein fast unbeschränktes Herrenrecht an seinen Kindern, das regelmäßig erst mit seinem Tode endigt. Es ist im alleinigen Interesse des Vaters gegeben, schließt keine Pflichten den Kindern gegenüber ein und läßt für eine Mitbestimmung der Mutter rechtlich

[1]) Vgl. André, S. 19.

keinen Raum. — Auch im deutschen Recht findet sich, besonders in der älteren Zeit, ein weitgehendes Herrenrecht des Vaters. Daneben tritt aber schon von vornherein der Gedanke des Schutzes der Unmündigen auf, und die Obrigkeit schreitet bei Mißbrauch ein. Auch wird der Mutter auch rechtlich ein gewisser Anteil an der Erziehung zugestanden. Diese von der römischen wesentlich verschiedene Auffassung war so sehr im deutschen Rechtsbewußtsein begründet, daß sie auch durch das Eindringen des römischen Rechts nicht unterdrückt werden konnte. So hielt man fest, daß der Vater auch Pflichten gegenüber dem Kinde habe, und was die Mutter betraf, so half man sich damit, daß man neben der nur dem Vater zustehenden patria potestas noch eine besondere Erziehungsgewalt[2]) annahm, die beiden Eltern zukommen sollte, und indem man erstere auf die rein rechtliche Seite, die Vertretung des Kindes und die Verwaltung seines Vermögens, bezog.

Nach der Grundauffassung des BGB[3]) ist das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern in erster Linie ein natürlich-sittliches. Die Rechtsordnung beschränkt sich bewußt darauf, die Rechte und Pflichten der Eltern in großen Zügen und nur, soweit der Rechtsverkehr es erfordert, nach außen hin festzustellen und zu umgrenzen. Im einzelnen ergibt sich für die heutige Rechtslage folgendes. Die elterliche Gewalt steht beiden Eltern wenigstens grundsätzlich gemeinsam zu (§ 1626). Sie verleiht das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen und es zu vertreten und gibt das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen (§§ 1627, 1630 Abs. 1, 1649). Für unsere Aufgabe, die es in erster Linie mit dem persönlichen Verhältnis zwischen Eltern und Kindern zu tun hat, können diejenigen Auswirkungen der elterlichen Gewalt mehr zurücktreten, die die rein juristische und die wirtschaftliche Seite betreffen, nämlich die Vertretung des Kindes im Rechtsleben und die Sorge für sein Vermögen und die Nutznießung daran. Es bleibt die tatsächliche[4]) Sorge für die Person des Kindes; diese umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen, seinen Aufenthalt zu bestimmen, und das Recht, die Herausgabe von jedem zu verlangen, der es widerrechtlich dem Inhaber der Sorge vorenthält (§§ 1631 Abs. 1, 1632). Man kann das Recht der tatsächlichen Personensorge mit dem Ausdruck Erziehungsrecht umschreiben, da dieses ohne ein Recht zur Beaufsichtigung, zur Aufenthaltsbestimmung und auf Herausgabe des Kindes nicht denkbar ist und daher in weiterem Sinne diese Rechte mit um-

[2]) Vgl. Staudinger, Anm. I, 1 zu § 1631 BGB.

[3]) Vgl. Staudinger, Vorbem. zu § 1626 Ziff. 3 am Ende, Vorbem. zu § 1297 Ziff. 2 und RGSt 36, 80; auch André, S. 21.

[4]) Gegensatz: rechtliche Sorge für die Person = Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten.

faßt. Die beiden Eltern gemeinsame elterliche Gewalt übt während der Dauer der Ehe der Vater aus, in seiner Verhinderung die Mutter; nur die tatsächliche Personensorge kann die Mutter auch neben dem Vater ausüben; sie kann also hinsichtlich des Erziehungsrechts selbständig handeln, allerdings nicht im Gegensatz zu dem Willen des Vaters; denn bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern geht die Meinung des Vaters vor (§§ 1627 ff., 1685 Abs. 1, 1634).

β) Ihre Unübertragbarkeit und Unverzichtbarkeit.

Das, was nun bei einem Vertrage zwischen Eltern und Pflegeeltern in erster Linie den Gegenstand des Vertrages bildet, ist mit einem Wort die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes,[5]) das Erziehungsrecht. Wenn wir sahen, welch großen Wert das Gesetz bei der Regelung der elterlichen Gewalt gerade auf die natürlich-sittlichen Beziehungen der Beteiligten legt und wie genau es die Inhaberschaft der elterlichen Gewalt verteilt, so mag jetzt wohl ein begründeter Zweifel aufkommen, ob eine solche Übertragung von der vom Gesetzgeber bestimmten Person auf eine andere überhaupt zugelassen ist, mit anderen Worten, ob eine solche Abmachung etwa wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten nichtig ist. Eine Nichtigkeit wegen Verletzung von Formvorschriften kann ja nicht in Frage kommen, da das Gesetz über einen solchen Vertrag überhaupt keine Vorschriften gibt. In dem der elterlichen Gewalt gewidmeten Abschnitt ist nur an einer Stelle von einer Aufgabe auf ihr beruhender Rechte die Rede: Nach § 1662 kann auf die Nutznießung am Kindesvermögen in besonders geregelter Form verzichtet werden. Da hier, wo es sich doch nur um ein ganz an der Außenseite des Elternverhältnisses liegendes, mehr wirtschaftliches Recht handelt, die Verzichtsmöglichkeit ausdrücklich betont wird und dies nur an dieser Stelle geschieht, so darf man mit Recht schließen, daß eben in den übrigen weit wichtigeren Beziehungen die elterliche Gewalt nicht aufgegeben werden kann. Man wende auch nicht ein, eine Übertragung der elterlichen *Pflichten* an Fremde sei mit ihrem Wesen zwar nicht vereinbar, wohl aber müsse doch eine Übertragung der elterlichen *Rechte*, etwa des Erziehungsrechts, möglich sein. Recht und Pflicht bilden eine untrennbare Einheit; die Rechte sind nur auf dem Hintergrund der Pflichten verständlich, und den Pflichten fehlte die praktische Betätigungsmöglichkeit, wenn nicht auch die

[5]) Eine Übertragung auch der Sorge für das Vermögen kann an sich wohl zum Vertragsgegenstand gemacht werden, ist aber ungewöhnlich, schon weil das Kind regelmäßig vermögenslos sein wird; sie ist auch für die Pflegekindschaft als solche von geringer Bedeutung.

zu ihrer Erfüllung notwendigen Rechte gegeben wären. Daher ist eine Trennung nicht möglich. Ein weiterer Einwand könnte vielleicht durch den Hinweis auf die Adoption erfolgen, wo doch eine rechtsgeschäftliche Veränderung der Kindesstellung zulässig sei. Aber einmal zeigen die strengen Formvorschriften dieses Instituts, daß es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, die einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich ist. Sodann aber ergibt sich bei genauerer Betrachtung, daß nicht einmal hier eine Übertragung der elterlichen Gewalt stattfindet. Die Annahme an Kindes Statt beschränkt sich ja keineswegs auf Personen, die unter elterlicher Gewalt stehen und bewirkt überhaupt in viel weiterem Umfang, als es bei der Pflegekindschaft denkbar ist, eine rechtliche Verpflanzung in einen neuen Familienzusammenhang, so daß der Angenommene völlig die rechtliche Stellung eines eheliches Kindes des Annehmenden erlangt, z. B. auch seinen Namen und ein Erbrecht gegen ihn. Lediglich aus diesem Grunde tritt ein minderjähriger Angenommener unter die elterliche Gewalt des Annehmenden, ohne Rücksicht darauf, ob seinen leiblichen Eltern diese Gewalt bisher zustand oder nicht. Ihre Übertragung kommt also hier nicht in Frage. Auch wird der Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden geschlossen, der ja gar nicht imstande wäre, über die über ihm etwa bestehende elterliche Gewalt zu verfügen.

Wirksam unterstützt wird endlich die Annahme von der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt durch die Vorgänge bei den Beratungen zum BGB. Im ersten Entwurf war im § 1561 die Bestimmung enthalten: „auf die elterliche Gewalt kann nicht verzichtet werden", womit nach ausdrücklicher Angabe der Motive Bd. 4 S. 842 sowohl der einseitige wie auch der vertragliche Verzicht getroffen werden sollte. Diese Bestimmung ist zwar von der Kommission für die 2. Lesung gestrichen worden,[6]) aber gerade deshalb, weil die Vorschrift selbstverständlich sei und sich schon als argumentum e contrario aus § 1662 ergäbe. Festzustellen ist demnach: eine verzichtsweise Aufgabe oder rechtsgeschäftliche Übertragung der elterlichen Gewalt oder eines Teils derselben, welche den Bestand der Rechtsverhältnisse unmittelbar beeinflussen, also sozusagen dingliche Wirkungen äußern würde, ist, weil gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig, auch ohne daß noch besondere sittenwidrige Umstände hinzutreten müßten, wie z. B. die Vereinbarung einer Entschädigung für die Abtretung der Erziehungsrechte, weil es sittenwidrig ist, eine solche Handlung in Kaufalbeziehung zu Geld und Geldeswert zu setzen.[7])

[6]) Protokolle Bd. 4, S. 662, Ziff. VI.

[7]) Vgl. Staudinger, Anm. I 3 b zu § 138 und RGZ in JW 1904, 256, beide unter Berufung auf Lotmar, „Der unmoralische Vertrag"; vgl. auch Staudinger, Anm. I 5 d, 1. Abs. zu § 1631. Ebenso RGRK Anm. 2 zu § 1631: „In der An-

γ) Die Übertragung der Ausübung der Personensorge.

Allerdings schreibt das Gesetz nicht vor, daß das Recht und die Pflicht der Erziehung, Beaufsichtigung und Aufenthaltsbestimmung von dem Inhaber der Personensorge in eigener Person auszuüben sei, was ja ein unmögliches Verlangen wäre. So wird denn auch im täglichen Leben außerordentlich häufig[8]) die Ausübung der Erziehungsrechte anderen Personen überlassen, wobei natürlich die Vereinbarung nicht ausdrücklich getroffen zu werden braucht, sondern sich schlüssig aus den Umständen ergeben kann. Eine ganze Reihe von Beispielen von den einfachsten bis zu den schwerwiegendsten Fällen lassen sich anführen. Die Kinder werden, etwa für die Dauer einer Reise oder Krankheit, den älteren Geschwistern, einer verwandten oder befreundeten Person oder einer Angestellten zur Fürsorge überlassen, werden regelmäßig für einige Stunden in einen Kinderhort[9]) geschickt, man überläßt sie einer Erzieherin, bringt sie in einem mit einer Schule verbundenen Internat oder einer Erziehungsanstalt unter oder gibt sie auf dauernd in eine fremde Familie. Ein Pflegekindschaftsverhältnis liegt, nebenbei bemerkt, unter all diesen Beispielen nur in dem letzten Falle vor, da sich ein dem Elternverhältnis ähnliches sittliches Verhältnis nur dort entwickeln kann, wo es auf Dauer berechnet ist, und die Kinder auch praktisch als eigene Kinder gehalten werden können. Bei dauernder Hingabe an eine Erziehungsanstalt wird in aller Regel das Vorliegen einer Pflegekindschaft abzulehnen sein, mag dort auch die Ersetzung des Elternhauses und eine sittliche Verbundenheit zwischen Erzieher und Zögling erstrebt und teilweise erreicht werden. Denn die zwangsläufige Einstellung einer Anstalt auf eine größere Zahl von Zöglingen und auf einen mehr oder minder

---

nahme eines Entgelts für die Abtretung des Erziehungsrechts wird regelmäßig eine unter die §§ 138 und 817 Abs. 1 fallende sittenwidrige Handlung zu erblicken sein." In direktem Widerspruch dazu und m. E. mit Unrecht meint der gleiche Kommentar in Anm. 1 zu § 1748, die Vereinbarung einer Vergütung an die Eltern für die Einwilligung in die Adoption des Kindes sei nicht ohne weiteres ungültig; eine billige Entschädigung für den Verlust des Kindes würde unter Umständen am Platze sein. — Eine Entschädigung für etwaige mit dem Fortgang des Kindes verbundene wirtschaftliche Nachteile liegt natürlich auf einer anderen Linie. Die Vereinbarung eines Entgelts für die Überlassung des Erziehungsrechts halte ich aber nach dem oben genannten Grundsatz für unbedingt nichtig. War die Abmachung nachweislich für den Abschluß des Pflegekindschaftsvertrages nicht wesentlich, so kann dieser im übrigen gemäß § 139 BGB aufrechterhalten werden.

[8]) Vgl. auch Endemann, II. Band § 199, 1 a.

[9]) Die Erziehung durch die öffentlichen Schulen gehört nicht hierher, weil sie nicht in Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts, sondern in Erfüllung staatlicher Aufgaben handeln, wenn sie auch den Erziehungsberechtigten ein geringes Mitbestimmungsrecht einräumen und bei nicht mehr schulpflichtigen Kindern eine Willenserklärung der Berechtigten die Voraussetzung ihrer Tätigkeit ist.

häufigen Wechsel der Kinder wird ein wirkliches elternähnliches Verhältnis wohl nicht aufkommen lassen.

Es fragt sich nun, wie sich die Rechtsordnung zu einer Übertragung der Ausübung der Personensorge stellt. Diese übertragene Ausübung ist übrigens, wie Heyner S. 21 schon ausführt, von dem verschieden, was das BGB im § 1685 mit der Ausübung der elterlichen Gewalt meint. Es versteht darunter das Tätigwerden auf Grund der dem Handelnden selbst zustehenden Gewalt, während hier ein Tätigwerden auf Grund fremder Rechte gemeint ist. Andererseits hat diese Ausübung, wie Heyner ebenfalls bemerkt, Ähnlichkeit mit der Überlassung der Ausübung eines an sich unübertragbaren Nießbrauchs (§ 1059 BGB). Die Überlassung der Ausübung der Erziehungsrechte ist nun in der Literatur allgemein als zulässig anerkannt worden,[10]) weil sie eben einer natürlichen Notwendigkeit entspringt und häufig, wie die genannten Beispiele ohne weiteres zeigen, gerade im Interesse des Kindes erforderlich ist. Die Ausübung der Personensorge kann natürlich immer nur in dem Sinne übertragen werden, daß sich der Übernehmende dem Übertragenden verpflichtet, dessen Pflichten und Rechte wahrzunehmen, ohne daß dadurch im rechtlichen Verhältnis des Gewalthabers zu den gewaltuntergebenen Kindern irgend etwas geändert wird. Der Pflegevater übt, rechtlich gesehen, lediglich für den elterlichen Gewalthaber das Erziehungsrecht aus. Bezüglich des Rechts und der Pflicht der Beaufsichtigung ist übrigens die Übertragbarkeit der Ausübung klar ausgesprochen im § 832 BGB, wo im ersten Absatz von der gesetzlichen Aufsichtspflicht über Minderjährige, im zweiten Absatz von der vertraglichen Übernahme der Führung einer solchen Aufsicht die Rede ist.[11])

Die Ausübung des Erziehungsrechts schließt, soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist, stillschweigend alle einzelnen Personensorgerechte ein, so außer dem Aufsichtsrecht das Züchtigungsrecht, das Recht der Aufenthaltsbestimmung und den Herausgabeanspruch. Daß die Ausübung auch des Züchtigungsrechts übertragen werden kann, ist in der Literatur heute allgemein anerkannt.[12]) Daher erhalten Pflegeeltern mangels abweichender

[10]) Vgl. Staudinger, Anm. I 5 d, 1. Absatz zu § 1631; RGRK Anm. 2 zu § 1631; Planck, Anm. 1 zu § 1631; Endemann, II § 199, I a; Motive, IV, S. 752; André, S. 27; Schubert, S. 35; Heyner, S. 21 ff.; RGZ in Gruch. Beitr. 50, 999; RGSt 41, 200.

[11]) Vgl. bezüglich der Pflegeeltern RGRK Anm. 9 zu § 832; Staudinger, Anm. II, 2, letzter Absatz zu § 832.

[12]) Siehe Staudinger, Anm. I 5 d, 3. Abs. zu § 1631; RGRK Anm. 5 zu 1631; Wolff-Kipp, § 79, Anm. 4; RG in JW 1917, 656; Ebermayer, Anm. 12 zu § 223; Olshausen, Anm. 11 zu § 223; ungenau Frank, Vorbem. II, 1, letzter Absatz vor § 223; RGSt 33, 33 u. 42, 347; insbesondere siehe Diefenbach, „Das Züchtigungsrecht der Pflegeeltern und Erziehungsberechtigten" in Gruch. Beitr. 54, S. 105 ff., besonders S. 118, 127, 128. Siehe auch unten Anm. 31.

Abrede auch dieses Recht, wie es ein Vater bei verständiger Erziehungsleitung ausüben würde; das gilt im Zweifel auch für Stiefeltern den Kindern des anderen Gatten gegenüber. Die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird den Pflegeeltern nur in einem etwas beschränkteren Umfang als den Eltern selbst gestattet sein. Sie werden regelmäßig, etwa von Krankheitsfällen abgesehen, das Kind nicht wiederum bei anderen Leuten unterbringen dürfen. Sollte ihnen aber auch die beliebige Weitergabe des Kindes gestattet sein, so wird die Abmachung, weil sie die Preisgabe des Kindes bedeutet, regelmäßig nichtig sein.[13])[14]) Endlich können die Pflegeeltern auch namens der Eltern die Herausgabe des Kindes von Dritten fordern. Das setzt allerdings voraus, daß die widerrechtliche Vorenthaltung des Kindes sich zugleich gegen den elterlichen Gewalthaber richtet, und daß ferner, sobald es zu einem Herausgabeprozeß kommt, der Pflegevater seine Vollmacht, den elterlichen Gewalthaber zu vertreten, nachweist.

Wie den Eltern nun die Rechte verbleiben, so bleiben ihnen auch die Pflichten. Das Vormundschaftsgericht wird daher gegen sie nicht nur dann einschreiten, wenn der Abschluß der Pflegekindschaft lediglich aus Bequemlichkeit, um sich der Kinder zu entledigen, erfolgt oder die Pflegeeltern schuldhaft schlecht ausgewählt sind und hierdurch das Kindeswohl gefährdet wird, sondern auch dann, wenn die Gefährdung sich während des Aufenthalts bei den Pflegeeltern zeigt und die leiblichen Eltern sich um die Abwendung der Gefahr nicht kümmern.

Bei dem Abschluß eines Pflegekindschaftsvertrages werden sich die Parteien nun häufig der Rechtslage gar nicht bewußt sein und davon ausgehen, daß eine völlige (dingliche) Übertragung der Elternstellung erfolgen soll, und dies zum Vertragsinhalt machen. Wenn nun auch eine solche Vereinbarung nichtig ist, so braucht deshalb der Vertrag nicht als rechtlich nicht vorhanden zu gelten. Eine Hilfe bietet nämlich die Umdeutungsmöglichkeit des § 140 BGB, da man in der Regel wird annehmen können, daß die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit der dinglichen Übertragung eine bloße Überlassung der Ausübung der Rechte gewollt haben würden. Da der Abschluß eines solchen Vertrags ein ziemliches Vertrauen der Parteien zueinander voraussetzt, würde die Kenntnis von einer gewissen Unsicherheit ihrer Rechtsstellung die Pflegeeltern meist wohl nicht von dem Abschluß des Vertrages mit der schwächeren Wirkung zurückgehalten haben.

[13]) Siehe RGSt 33, 33.

[14]) Ebenso kann den Pflegeeltern nicht das Recht eingeräumt werden, nach ihrem Ermessen das Kind in einem anderen religiösen Bekenntnis als bisher zu erziehen oder es vom Religionsunterricht abzumelden; nur die Ausübung der religiösen Erziehung, nicht aber ein selbständiges Bestimmungsrecht kann ihnen übertragen werden; vgl. das Ges. über die religiöse Kindererziehung v. 15. 7. 1921 (RGBl S. 939).

δ) Sonstige Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern.

Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern erschöpft sich nun nicht im Begriff der elterlichen Gewalt; es treten noch einige andere vom Bestehen einer elterlichen Gewalt unabhängige Punkte dazu. Wieweit diese durch Eintritt einer Pflegekindschaft berührt werden, soll kurz gezeigt werden. Neben der Übertragung der Personensorge ist der für den Pflegekindschaftsvertrag wichtigste Punkt die Unterhaltsfrage, über die er wohl stets Bestimmungen treffen wird. Die Unterhaltspflicht der Eltern den Kindern gegenüber beruht allein auf der allgemeinen gegenseitigen Unterhaltspflicht der in gerader Linie miteinander Verwandten (§ 1601). Sie tritt nur bei Bedürftigkeit der Kinder ein, d. h., wenn diese außerstande sind, sich ohne Inanspruchnahme ihres Vermögensstammes[15]) selbst zu unterhalten. Auch die Regelung der Unterhaltspflicht beruht zunächst auf den natürlich-sittlichen Beziehungen der Beteiligten.[16]) Daneben hat an der festen Regelung der Zahlungspflicht auch der Staat ein großes Interesse, da er ja bei Versagen der Verpflichteten in letzter Linie helfend eingreifen muß. Unter diesen Umständen ist es klar, daß eine willkürliche dingliche Übertragung der Unterhaltspflicht unzulässig ist. Das folgt auch unmittelbar aus dem Gesetz. Die Unterhaltspflicht ist ein regelrechtes Schuldverhältnis nach den §§ 241 ff. BGB.[17]) Eine dem Gläubiger gegenüber wirksame Schuldübernahme könnte daher nur mit dessen Zustimmung, hier also mit Zustimmung des unterhaltsberechtigten Kindes auf dem Wege der §§ 414, 415 BGB erfolgen. § 1614 erklärt aber jeden auf die Zukunft gehenden Verzicht des Berechtigten auf den Unterhaltsanspruch für nichtig, mag der Verzicht sich gegen jedermann oder nur einen einzelnen Verpflichteten, auf einen Teil des Anspruchs oder seine Gesamtheit richten.[18]) Die Eltern können also durch einen Pflegekindschaftsvertrag sich ebensowenig wie von der Personensorge von ihrer Unterhaltungspflicht befreien. Etwas anderes ist es wiederum, wenn sich Dritte den Eltern gegenüber zur Unterhaltsleistung an die Kinder verpflichten;[19]) den Kindern gegenüber aber haften die Eltern

---

[15]) Nur minderjährige unverheiratete Kinder — diese kommen bei Abschluß eines Pflegekindschaftsvertrages allein in Betracht — genießen die Rechtswohltat, den Stamm ihres Vermögens nicht angreifen zu brauchen; Ausnahme s. § 1603, Abs. 2.

[16]) Vgl. Motive, Bd. 4, S. 709.

[17]) Vgl. Staudinger, Vorbem. 2 zu § 1601 BGB.

[18]) RGZ 50, 96.

[19]) Es liegt dann ein Vertrag zugunsten Dritter vor; und zwar werden die Kinder, deren Versorgung der Vertrag bezweckt, selbst ein Recht auf die Leistung erlangen (vgl. Hellwig, S. 151; Planck, Anm. 1 zu § 328). Bei der Geltendmachung des Rechts bedürfen sie jedoch während ihrer Minderjährigkeit der Ver-

nach wie vor. Ist im Vertrag das Maß des Unterhalts nicht bestimmt worden, so ist anzunehmen, daß die Pflegeeltern den Unterhalt so zu gewähren haben, wie sie es einem leiblichen Kinde nach gesetzlicher Vorschrift gewähren müßten. Für die Unterhaltspflicht der Eltern bleibt dagegen deren Vermögenslage maßgebend, und diese müssen, falls der vom Pflegevater geleistete Betrag hinter dem ihrer Unterhaltspflicht zurückbleibt, die Unterschiedssumme von sich aus leisten.

Ganz ähnlich liegt der Fall bei der Aussteuerpflicht des Vaters der sich verheiratenden Tochter gegenüber (§ 1620 ff. BGB). Der Vater kann sich der Pflicht nicht vertraglich entledigen, mag auch ein anderer sich ihm gegenüber verpflichtet haben, den Anspruch der Tochter zu erfüllen. Daß die Pflegeeltern den leiblichen Eltern gegenüber zur Gewährung einer Aussteuer vertraglich verpflichtet sind, ist mangels einer abweichenden Vereinbarung anzunehmen, da sie ja das Kind wie ein eigenes halten sollen. Bleibt der von ihnen geleistete Wert hinter dem Betrag der elterlichen Verpflichtung zurück, so haben die Eltern den Unterschied zu tragen.[20]) — Eine Ausstattung, die leibliche Eltern trotz Vorliegens eines Pflegekindschaftsvertrages ihren Kindern gewähren, gilt auch in diesem Falle gemäß § 1624 nur soweit als Schenkung, als die Ausstattung das den vorliegenden Verhältnissen[21]) entsprechende Maß übersteigt. Eine von seiten der Pflegeeltern ohne Verpflichtung gegen die Eltern gewährte Ausstattung (einschl. Aussteuer) ist dagegen stets eine Schenkung, jedoch soweit das den Verhältnissen entsprechende Maß nicht überschritten wird, wohl meist eine solche, die einer sittlichen Pflicht entspricht. — Die im § 1617 festgesetzte Pflicht der Kinder, im elterlichen Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten, hängt von der weiteren Voraussetzung ab, daß sie dem Hausstand der Eltern angehören und von ihnen erzogen oder unterhalten werden. Für ein Pflegekind ist das Fehlen dieser Voraussetzungen wesentlich; deshalb steht in diesem Falle den leiblichen Eltern der Anspruch nicht zu. Andererseits treten aber auch die Pflegeeltern nicht in die Rechtsstellung ein, sondern sie können nur im Rahmen der ihnen übertragenen Ausübung des Erziehungsrechts solche Dienstleistungen fordern. Diese beruhen dann nicht auf § 1617, sondern allein auf dem Erziehungsrecht, kraft dessen die Eltern ja auch

---

tretung durch den Gewalthaber, also in der Regel durch die ohnehin unterhaltungspflichtigen Eltern, sodaß die Frage, ob sie neben den Versprechungsempfängern berechtigt sind, wenig Bedeutung hat.

[20]) Aber nur diesen, da darüber hinaus ein Bedürfnis der Tochter nicht vorliegt. Vgl. Staudinger, Anm. 4 b, 2. Abs. zu § 1620 und Anm. 2, 2. Abs. zu § 1622; Wolff-Kipp, § 77, Anm. 2; RG in JW 1914, 646 Nr. 9.

[21]) Dabei ist zugunsten der Eltern zu berücksichtigen, was die Pflegeeltern auf Grund des Vertrags oder als Schenkung dem Kinde etwa schon gewährt haben, da ja dessen Vermögenslage überhaupt von Bedeutung ist.

u. U. fordern können, daß die Kinder dritten Personen, etwa Verwandten, ihren Kräften und Verhältnissen entsprechend Dienste leisten.[22])

ε) Die Endigungsgründe der Pflegekindschaft, insbesondere der elterliche Herausgabeanspruch.

Können nun die Pflegeeltern, wenn sie auch nicht die Personensorge selbst erlangen, doch auf Grund der vertraglich festgelegten Übertragung ihrer Ausübung praktisch die Eltern ganz ausschalten und sich an deren Stelle setzen? Die Frage wäre zu bejahen, wenn ein etwa vereinbarter zeitweiliger oder dauernder Verzicht der Eltern auf die Ausübung eine bindende Wirkung äußerte, was jedoch nicht der Fall ist. So wenig die Rechte und Pflichten der Eltern eine dauernde Aufgabe dulden, so wenig dulden sie irgendeine Beschränkung, die den Eltern bei der Rechts- und Pflichtausübung die Hände bindet. Solange die Eltern es für gut halten, mögen sie das Kind unter fremdem Erziehungseinfluß lassen, niemand aber kann es ihnen verwehren, den Pflegekindschaftsvertrag zu widerrufen und die Zügel der Erziehung wieder selbst zu ergreifen, steht doch ihnen und ihnen allein nach wie vor das Erziehungsrecht zu.[23])

Bei einer solchen Rücknahme kommt den Eltern der Herausgabeanspruch des § 1632 zu Hilfe. Wenn sie auch die Pflegeeltern zur Geltendmachung dieses Rechts Dritten gegenüber ermächtigen konnten, so können sie doch stets, auch ungehindert durch einen etwaigen Verzicht, selbst dies Recht in Anspruch nehmen, gerade auch gegen den Pflegevater. Er kann auf Grund des Vertrags nur Ersatz eines durch die Rücknahme etwa entstehenden Vermögensschadens verlangen. Er kann sich nicht darauf berufen, daß das Kind bei ihm besser aufgehoben sei als bei den leiblichen Eltern, die sich seiner früher entledigten. Der, dem die elterliche Gewalt zusteht, kann die Herausgabe verlangen. Jede Weigerung ist widerrechtlich, die sich nicht auf ein besonderes Recht auf Vorenthaltung des Kindes stützt, wie es durch eine vormundschaftsgerichtliche Anordnung, eine Verfügung des Gerichts des Ehescheidungsprozesses (§ 627 ZPO) oder öffentlich-rechtliche Normen gegeben sein kann.[24]) Der Herausgabeanspruch selbst ist

---

[22]) Vgl. Wolff-Kipp, § 76, III, Anm. 2; Staudinger, Anm. 3 a zu § 1617; Planck, Anm. 2 zu § 1617. Siehe auch Coulin, „Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder" im Archiv für Bürg. Recht, Bd. 42, S. 376.

[23]) Vgl. RGZ 10, 113; 17, 129; OLG 6, 60; 23, 413; JW 32, 82; DJZ 1903, S. 370; RGRK Anm. 2 zu § 1631; Staudinger, Anm. I 5 d, 2. Abs. zu § 1631; Endemann, II § 199, 1 a; Motive IV, S. 752; Planck, Anm. 1 f zu § 1631.

[24]) Denkbar wäre allerdings, daß ausnahmsweise eine Vorenthaltung als Notwehrhandlung zugunsten des Kindes nicht widerrechtlich ist, wenigstens solange der

beim ordentlichen Gericht geltend zu machen. Selbstverständlich kann der elterliche Gewalthaber nicht rein willkürlich, etwa nur um die Pflegeeltern zu kränken oder von ihnen Geld zu erpressen, von seinem Rechte Gebrauch machen, ohne dem Kinde einen Ersatz für den etwaigen günstigen erzieherischen Einfluß und die innige Familienverbundenheit, die es bei den Pflegeeltern genießt, gewähren zu können. Er würde, falls ihm nicht gar das Schikaneverbot des § 226 BGB entgegentritt, durch dieses Vorgehen seine elterlichen Pflichten verletzen und unter Umständen ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 BGB herausfordern. Kann der Pflegevater an sich dem Herausgabeverlangen keine Einrede aus dem Wohl des Kindes entgegensetzen, so kann er doch das Vormundschaftsgericht benachrichtigen, das dann die nötigen Maßregeln und gegebenenfalls vielleicht durch eine vom Willen des Vaters abweichende Aufenthaltsbestimmung den einstweiligen Verbleib des Kindes bei den Pflegeeltern anordnen wird,[25]) wozu es auch während eines schwebenden Herausgabeprozesses berechtigt und verpflichtet ist. Auf diese Weise ist wenigstens den schlimmsten Folgerungen[26]) aus dem jederzeitigen Rücknahmerecht die Spitze abgebrochen.

Außer durch diese gegen den Willen der Pflegeeltern erfolgende Rücknahme des Kindes endet die Pflegekindschaft natürlich auch durch eine vereinbarte Rücknahme, und zwar mit dem Augenblick der nicht nur vorübergehenden Rückgabe, da dann die Ähnlichkeit mit dem Elternverhältnis hinfällt. Ob zwischen den ehemaligen Pflegeeltern und -kindern eine gewisse innere Verbundenheit noch fortbesteht, wie sie ebenso mit entfernten Verwandten, Lehrern, Nachbarn usw. bestehen könnte, ist ohne Bedeutung. Das Verhältnis kann aber auch von seiten der Pflegeeltern gegen den Willen der Eltern dadurch beendet werden, daß sie die Pflege des Kindes für immer aufgeben. Daß sie sich vielleicht auf Grund des Vertrages schadenersatzpflichtig oder unter besonderen Umständen — siehe unten — sogar strafbar machen, ist demgegenüber kein Hindernis, da die Pflegekindschaft sich ja auf rein tatsächlichen Grundlagen aufbaut, während befremdend nur war, daß man auch das nach dem ALR bestehende Familienrechtsinstitut durch einfache „Rücknahme des Beistands" beseitigen konnte. Auch dadurch kann eine Beendigung eintreten, daß sich das Kind den Pflegeeltern dauernd entzieht.

---

rechtswidrige Angriff auf das Kind fortdauert (§ 227 BGB); vgl. dazu Opet und v. Blume, Anm. 2 c zu § 1632 und Anm. 8 zu § 1631. Interessant ist, wie das elterliche Erziehungs- und Herausgaberecht auch gegenüber dem sonst aus öffentlichrechtlichen Gründen gesicherten Lehrvertrag durchgreift, vgl. OLG 19, 303.

[25]) Vgl. Staudinger, Anm. II B 1, Abs. 2 und III A 2 b, Abs. 1 zu § 1666.

[26]) Im übrigen siehe wegen der rechtspolitischen Beurteilung dieser Lage unten den Abschnitt „Kritik der rechtlichen Regelung".

b) Der Vertrag mit anderen Erziehungsberechtigten.

Bei den vorstehenden Ausführungen sind wir davon ausgegangen, daß als Vertragschließende auf der einen Seite die Eltern als Inhaber der elterlichen Gewalt, insbesondere der Personensorge, handelten. Ganz ähnlich liegen die Dinge, wenn der Vertrag mit anderen Personen geschlossen wird, denen wenigstens Erziehungsrechte über das Kind zustehen. Als solche kommen, abgesehen von den Adoptiveltern, die als Inhaber der elterlichen Gewalt schon in den vorigen Abschnitt gehören, die uneheliche Mutter, der Vormund und die Fürsorgeerziehungsbehörde in Betracht. Der unehelichen Mutter steht nach § 1707 BGB nicht die elterliche Gewalt, wohl aber die tatsächliche Personensorge zu; sie kann deren Ausübung übertragen, ohne sich aber der Sorge selbst entledigen zu können. Bezüglich der Unterhaltspflicht trifft dasselbe wie für die leiblichen ehelichen Eltern zu, da sie ja zu den Verwandten gehört; ihr liegt auch die gleiche Aussteuerpflicht wie den leiblichen Eltern ob.

Auch der Vormund (Amts- oder Einzelvormund) hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Mündels zu sorgen,[27]) so daß auch für ihn das oben Gesagte zutrifft. Der Pflegekindschaftsvertrag kann nur obligatorische Wirkungen äußern, und ein dauernder oder zeitweiliger Verzicht des Vormunds auf seine Rechtsstellung ist unwirksam. Als Besonderheit für die Lage beim Vertragsschluß mag erwähnt werden, daß auf seiner Seite ein elternähnliches Verhältnis oder auch nur eine Familiengemeinschaft mit dem Mündel meist nicht bestanden haben wird. Das ist aber für den Abschluß der Vereinbarung nicht wesentlich, wie es ja auch oben durchaus denkbar war, daß das Kind vor Vertragsschluß nicht in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern oder der unehelichen Mutter stand, wenn es nur durch die Abmachung auf dauernd in die häusliche Gemeinschaft der Pflegeeltern kommt. Bei einem, dem Mündel gegenüber pflichtwidrigen willkürlichen Eingreifen des Vormunds in ein Pflegekindschaftsverhältnis hat das Vormundschaftsgericht nach § 1837 einzuschreiten. Auch haftet der Vormund dem Mündel nach § 1833 für den aus einer schuldhaften Pflichtverletzung entstehenden Schaden.

Ein in der Praxis außerordentlich häufiger Fall ist der Abschluß eines Pflegekindschaftsvertrags mit der Fürsorgeerziehungsbehörde. Durch die Anordnung der Fürsorgeerziehung (§ 63 JWG) wird dem bisher Berechtigten das Erziehungsrecht ge-

[27]) Uneingeschränkt allerdings nur bei Vollwaisen. Steht neben ihm auch der Mutter die Sorge zu, so geht deren Meinung bei einer Meinungsverschiedenheit vor, vgl. §§ 1696, 1697, 1707 (siehe aber §§ 1686, 1676 Abs. 2 BGB); sie ist es daher auch, die dann den Pflegekindschaftsvertrag abschließt; einer Zustimmung des Vormunds bedarf sie nicht; er kann und muß aber bei pflichtwidrigem Verhalten der Mutter das Vormundschaftsgericht anrufen.

nommen und der Behörde übertragen; diese hat den Minderjährigen in einer geeigneten Anstalt oder geeigneten Familie unterzubringen. Nur die Familienerziehung kommt für unsere Aufgabe in Frage. Es braucht nun nicht jede Unterbringung in einer Familie auf Grund eines Pflegekindschaftsvertrags erfolgen; dennoch wird es im Interesse des Minderjährigen, besonders des noch oder noch nicht schulpflichtigen, sehr erwünscht sein, wenn eine geeignete Familie ihn auf dauernd aufnimmt.[28]) Aber auch hier besteht nur ein obligatorisches Verhältnis zwischen Pflegeeltern und der Behörde, welche nicht gehindert ist, erforderlichenfalls das Kind zurückzunehmen. Die Fürsorgeerziehung kann u. U. (§ 69 Abs. 4 JWG) auch in der eigenen Familie des Minderjährigen erfolgen. Als eigene Familie gilt, wenn ein Pflegekind unter Fürsorgeerziehung gestellt wird, die der Pflegeeltern.[29]) Die Unterbringungsverträge werden in § 74 Satz 4 JWG als stempelfrei bezeichnet; sie bedürfen aber an sich gar nicht der Schriftform oder der ausdrücklichen Erklärung, sondern können durch schlüssige Handlungen zustande kommen, wie das unten in Anm. 28 erwähnte Beispiel zeigt, wo der aus dem Felde zurückkehrende Ehemann stillschweigend in den von seiner Ehefrau geschlossenen Vertrag eintritt.

c) Der Vertrag mit nicht erziehungsberechtigten Personen.

Die einzige Voraussetzung der vertraglichen, abgeleiteten Entstehung ist, daß das Kind auf Grund der Abmachung auf dauernd in die häusliche Gemeinschaft der Pflegeeltern kommt; daher genügt es, wenn auf seiten der anderen Vertragspartei eine gewisse Verfügungsgewalt über das Kind besteht. Daß ihr die tatsächliche Personensorge über das nunmehrige Pflegekind rechtlich zusteht, ist durchaus unwesentlich. Interessant ist in dieser Hinsicht der Fall, der im Jahre 1900 dem Reichsgericht vorlag.[30]) Die in Ungarn geborene, nirgends bevormundete K. war im Alter von 6 Jahren von ihrer Mutter der Familie B. zur Ausbildung als Akrobatin hingegeben worden. Von B. hatte die Familie T. und von dieser ein Artist S. das Kind übernommen. Es handelte sich darum, ob letzterem ein abgeleitetes Züchtigungsrecht an dem Kinde zustand. Das Reichsgericht verneinte die Frage; wenn die Mutter der Familie B. die Ausübung der das Züchtigungsrecht einschließenden Personensorge etwa mit dem Recht auf Weitergabe übertragen habe, so sei diese Abmachung wegen Sittenwidrigkeit nichtig, da sie die dauernde Preisgabe des Kindes bedeutet hätte. Anders läge die Sache, wenn, was nicht der Fall sei,

---

[28]) Beispiel siehe in JW 1925, 366.
[29]) Vgl. Friedeberg-Polligkeit, Anm. 17 zu § 69 JWG.
[30]) Vgl. RGSt 33, 32 u. Gruchots Beiträge 54, 114.

§ 753 II, 2 ALR Anwendung fände; dann hätte S. durch Aufnahme der von den Eltern verlassenen K. alle persönlichen Rechte leiblicher Eltern über sie erlangt. — Für uns kommt es aber nicht auf ein familienrechtliches Institut, sondern ein tatsächliches elternähnliches Verhältnis an, und der Annahme steht nichts im Wege, daß ein solches infolge der Vereinbarung mit der Familie T. entstanden ist, obwohl dieser eine Personensorge nicht zustand; es müßte denn sein, daß S. die Anwesenheit der K. in seinem Hausstand von vornherein als vorübergehende Beherbergung und Beköstigung einer Art von Angestellten angesehen hätte, was wohl unwahrscheinlich ist. Familienrechtliche Wirkungen hätte der Vertrag natürlich nicht geäußert. Die Bestimmung über das Kind hätte allein dem Vormund zugestanden, den man schleunigst bestellen mußte.[31])

In keinem Falle eines Pflegekindschaftsvertrags werden also familienrechtliche Wirkungen zwischen Pflegeeltern und -kindern erzeugt oder auch nur Änderungen der vorher bestehenden familienrechtlichen Lage bewirkt. Der Erziehungsberechtigte ist in seinen Rechten wie in seinen Pflichten durch das Bestehen eines solchen Vertrages in keiner Hinsicht beschränkt,[32]) jedoch wird die aufsichtsführende Behörde einschreiten, wenn ein vertragswidriges Verhalten zugleich das Kindeswohl verletzt.

2. Vertragslose Pflegekindschaft.

Aus dem oben Gesagten läßt sich schließen, daß bei der vertraglos entstandenen Pflegekindschaft familienrechtliche Wirkungen noch weniger entstehen werden, da irgendwelche Normen nicht mehr gegeben sind, die an die einseitige Aufnahme eines fremden Kindes derartige Folgen knüpfen. Außerhalb des Familienrechts können natürlich durch eine solche Aufnahme, etwa aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag, Rechtsbeziehungen zwischen den Pflegeeltern und den für das Kind unterhaltspflichtigen Personen entstehen, wenn ohne die Aufnahme deren Unterhaltspflicht nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre. Den Pflegeeltern ist dann an sich ein Ersatzanspruch für

---

[31]) Ein Züchtigungsrecht stand S. allerdings nicht zu, da auch das sogenannte abgeleitete Züchtigungsrecht einer gültigen Vereinbarung bedarf, falls man ihm nicht für den vorliegenden Fall das allgemeine abgeleitete Züchtigungsrecht des durch eine jugendliche Unart verletzten Erwachsenen in der Art, wie es ein Vater bei verständiger Erziehungsleitung ausüben würde, zubilligen will; vgl. Ebermayer, Anm. 11 a zu § 223; Staudinger, Anm. I 5 d, 3. Abs. zu § 1631; OLG Rostock, Mecklb. Zeitschrift 34, 121; a. M. Wolff-Kipp, § 79, Anm. 4.

[32]) Kaum anders liegt die Sache, wenn der in erster Linie sorgeberechtigte Elternteil während eines Scheidungsprozesses oder auch sonst dem anderen die Personensorge übertragen hat, vgl. insbesondere André, „Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder", wo auch zahlreiche Entscheidungen zitiert sind.

ihre Aufwendungen gegeben; der Anspruch ist aber ausgeschlossen, wenn die Absicht fehlte, Ersatz von dem Unterhaltungspflichtigen zu verlangen, und da das Kind ja auf dauernd als eigenes aufgenommen wurde, wird diese Absicht regelmäßig gefehlt haben (§§ 679, 683, 685 BGB).[33])

Eine gewisse Besonderheit bildet die durch einseitige Willenserklärung des Vormunds entstehende Pflegekindschaft zwischen ihm und dem Mündel. Das vormundschaftliche Verhältnis ist zwar an sich schon elternähnlich, aber nur hinsichtlich der rechtlichen Stellung, welche übrigens die sittlichen Momente des Verhältnisses durchaus berücksichtigt. Das schließt aber nicht aus, daß der Mündel, wenn er auf dauernd in Haushalt und Familie des Vormunds und somit in eine auch nach der natürlichen, soziologischen Seite hin elternähnliche Stellung tritt, zu einem Pflegekind wird, was für viele Vorschriften des öffentlichen Rechts von großer Bedeutung ist. Hier haben wir dann den einzigen Fall, wo sich die Elternähnlichkeit des Verhältnisses nach beiden Seiten hin zeigt und eine auch praktisch auf Dauer begründete Pflegekindschaft vorliegt, weil kein Dritter störend eingreifen kann, solange nicht etwa, wie das übrigens auch bei jeder echten Kindschaft möglich wäre, das Kindeswohl ein Vorgehen des Vormundschaftsgerichts erfordert. Aber auch diese erfreuliche Erscheinung beruht nicht auf einer hier ausnahmsweise geschehenen Berücksichtigung durch die Rechtsordnung, sondern allein darauf, daß das Pflegekind zugleich der Mündel seines Pflegevaters ist.

3. Rückblick.

a) Ein Vergleich.

Wir kommen zum Schluß des bürgerlich-familienrechtlichen Teils. Ein Beispiel aus einem anderen Buche des BGB, aus dem Sachenrecht, möge kurz noch einmal die gewonnenen Ergebnisse beleuchten, indem wir die Personensorge mit dem Nießbrauch an einer Sache und den Erziehungsberechtigten mit dem Nießbraucher vergleichen. Dann kann dieser seine Rechtsstellung nicht mit dinglicher Wirkung auf einen anderen übertragen, wohl aber

---

[33]) In diesem Zusammenhang mag erwähnt werden, daß nach Dernburg, I, § 55, II derjenige, der die Auffindung eines neugeborenen Kindes bei der Polizeibehörde anzeigt, nach § 24 des Personenstandsgesetzes das Recht haben soll, dem Kinde einen Namen beizulegen, gleichgültig, ob er es als Pflegekind aufnehmen will oder nicht. Die Ansicht Dernburgs wird übrigens allgemein abgelehnt und dürfte dem Sinn des Gesetzes auch nicht gerecht werden. Die Beilegung wird mangels abweichender landesgesetzlicher Regelung am besten durch den Vormund erfolgen, da diesem die Personensorge zusteht und die Namengebung im übrigen, wo es sich allerdings nur um den Vornamen handelt, Recht und Pflicht des Inhabers der tatsächlichen Personensorge ist; vgl. RGRK Anm. 3 zu § 1773; Staudinger, Anm. III A 4 zu § 12 und Anm. 3 zu 1616 BGB.

ihm die Ausübung seiner Rechte überlassen (Vgl. dafür § 1059 BGB). Im vorliegenden Falle kann er nun jederzeit den Nießbrauch wieder für sich selbst in Anspruch nehmen, ohne daß eine Einredemöglichkeit aus dem Vertrage besteht, unbeschadet eines Anspruchs auf Ersatz eines etwaigen Vermögensschadens. Ein Übertragungsvertrag hinsichtlich des Nießbrauchs wäre nach Möglichkeit in einen Vertrag auf Überlassung der Ausübung umzudeuten, falls das aber nicht angeht, nichtig. Ebenso kann jemand, dem die Ausübung überlassen ist, seine Stellung auf einen andern übertragen, und kann jemand einseitig eine solche Rechtsausübung an einer herrenlosen Sache beginnen. Gegen die Rückforderung des Berechtigten ist er jedoch wehrlos. Notfalls wird ein Berechtigter durch die Behörde (hier das Vormundschaftsgericht) bestellt, welche auch zum Schutze der Sache ein selbst gegen den Nießbraucher durchgreifendes Eingriffsrecht hat. Nie aber entsteht durch die Tatsache der Nießbrauchsausübung, gleichgültig, wie sie erlangt ist, ein Recht an der Sache (abweichend beim wirklichen Nießbrauch, siehe § 1033 BGB).[34])

b) Vormundschaftsgericht und Pflegekindschaft.

Die besondere Lage der Pflegekinder findet also im geltenden Zivilrecht keine Berücksichtigung und äußert für sie keinerlei Rechtswirkungen. Ihre Stellung ist keine andere als die solcher Kinder, die sich vorübergehend einmal zufällig bei fremden Leuten aufhalten. Das Erziehungsrecht des elterlichen Gewalthabers bzw. des Vormunds usw. besteht uneingeschränkt fort und kann daher jederzeit dem „Lebensverhältnis" der Pflegekindschaft ein Ende machen. Wir sahen aber schon, daß u. U. das Vormundschaftsgericht dem Herausgabeanspruch des Berechtigten in den Arm fallen kann. Zur Vervollständigung des Bildes dürften daher einige Worte im Zusammenhang über die Stellung dieser Behörde zur Pflegekindschaft zu sagen sein. Das Vormundschaftsgericht ist das „Organ der staatlichen Mitwirkung bei der Vormundschaft".[35]) Es hat u. a. den Vormund zu bestellen und zu entlassen, seine Amtsführung zu beaufsichtigen und gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten. Es kann jederzeit Auskunft über die Führung der Vormundschaft, insbesondere über die persönlichen Verhältnisse des Mündels verlangen (§§ 1774, 1789, 1886 ff., 1837, 1839 BGB). Aber auch in Sachen der elterlichen Gewalt hat es eine gewisse Aufsichtsstellung, die sich vor allem in der Möglichkeit des Einschreitens bei Gefährdung des Kindes zeigt.

---

[34]) Ob durch öffentlich-rechtliche Vorschriften dieses tatsächliche Verhältnis eine gewisse Berücksichtigung, einen gewissen Schutz erfährt und vielleicht dem Nießbrauchausübenden besondere Pflichten auferlegt werden, mag der letzte Hauptabschnitt zeigen.

[35]) Vgl. Wolff-Kipp, § 102, I.

Bei der Vormundschaft wie bei der elterlichen Gewalt bedarf außerdem eine Reihe wichtiger Rechtsgeschäfte seiner Genehmigung, und zwar ist ihre Zahl bei der Vormundschaft eine größere (vgl. z. B. §§ 1643 ff., 1820 ff. BGB).

Der Abschluß oder die vereinbarte oder einseitige Aufhebung eines Pflegekindschaftsverhältnisses gehört jedoch nicht zu den genehmigungspflichtigen Geschäften, und niemand braucht das Gericht darum zu befragen. Ein Vormund muß allerdings auf Erfordern darüber berichten, doch wird es sich bei Eingehung und Aufhebung einer Pflegekindschaft um eine reine Zweckmäßigkeitsfrage handeln, so daß das Gericht wohl Ratschläge, aber keine Vorschriften geben kann, da die Amtsführung des Vormunds grundsätzlich eine selbständige ist.[36]) Noch einen Grad selbständiger ist die Stellung der sorgeberechtigten Eltern hinsichtlich der Kindererziehung. Zu gerichtlichem Einschreiten kommt es erst, wenn eine Gefährdung des Kindes droht. Die Kenntnis von einem solchen Falle erhält das Gericht durch Mitteilung Dritter, durch eigene Wahrnehmung oder, wie regelmäßig, durch das Jugendamt, auf welches die Aufgaben des Gemeindewaisenrats übergegangen sind. Diese Aufgaben sind die Überwachung der Vormünder hinsichtlich der Sorge für die Person, insbesondere die Erziehung und körperliche Pflege ihrer Mündel, und die Anzeige aller Fälle, in denen das Gericht zum Einschreiten berufen ist. Darüber hinaus hat das Jugendamt das Gericht bei allen Maßnahmen zu unterstützen, die die Sorge für die Person Minderjähriger überhaupt betreffen, und hat ein weitgehendes selbständiges Antragsrecht (§§ 42 bis 44, 57 Abs. 1, 65 Abs. 1 JWG, 1850, 1675 BGB). Da die Pflegekinder, wie wir unten noch sehen werden, zum größten Teile schon einer geregelten Aufsicht des Jugendamts unterstehen, hat es insoweit eine erweiterte Möglichkeit, erforderlichenfalls sofort dem Gericht Kenntnis zu geben.

Zum Beispiel erfährt das Gericht, daß der Sorgeberechtigte das Kind an ganz ungeeignete Pflegeeltern abgeben will oder abgegeben hat, es trotz Hervortretens von Mißständen dort belassen oder es ohne Grund aus einer guten Pflegekindschaft entfernen will, und es ergibt sich, daß er bei einiger Sorgfalt die schädlichen Folgen seines Verhaltens erkennen mußte, so daß also eine „Pflichtwidrigkeit", ein „Mißbrauch des Personensorgerechts" oder eine „Vernachlässigung des Kindes" vorliegt. Es wird daraufhin, wenn es sich um einen Vormund handelt, die geeigneten Gebote oder Verbote gegen ihn erlassen, deren Durchführung durch Ordnungsstrafen erzwingen oder ihn kurzerhand entlassen und einen mehr pflichtbewußten Vormund bestellen (§§ 1837, 1886 BGB). Handelt es sich aber um die ehelichen Eltern oder die

[36]) Vgl. Wolff-Kipp, § 120, I, 1.

uneheliche Mutter, so wird auch hier das Gericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen treffen. Natürlich wird es, falls nicht sofortiges Durchgreifen geboten ist, in jedem Falle sein Ziel zunächst durch gütliche Belehrung zu erreichen suchen. Versagt das aber, so muß den Eltern schlimmstenfalls die Sorge für die Person entzogen und einem Pfleger oder Vormund übertragen werden, der dann unter voller Berücksichtigung des Kindesinteresses über die Eingehung oder den Fortbestand der Pflegekindschaft entscheiden wird. Eine Möglichkeit zu Zwangsmaßnahmen gegen den elterlichen Sorgeberechtigten — den Pflegeeltern gegenüber hat das Gericht keinerlei Befugnisse — besteht aber nicht, wenn dessen Verhalten zwar das Kindeswohl gefährdet, die Gefährdung jedoch nicht mit Sicherheit auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht. Über die hieraus sich ergebenden Mißstände für das Pflegekindschaftsverhältnis soll unten noch mehr gesagt werden.

Allerdings hat das Vormundschaftsgericht hinsichtlich der Führung der Personensorge noch weitere Eingriffsmöglichkeiten, die ein Verschulden des Berechtigten nicht voraussetzen. So hat es nach §§ 56 ff. JWG einen Minderjährigen unter Schutzaufsicht zu stellen,[37]) wenn sie zur Verhütung seiner körperlichen, geistigen oder sittlichen Verwahrlosung geboten und ausreichend erscheint. Es wird dann der Erziehungsberechtigte bei der Ausübung der Personensorge durch einen „Helfer" überwacht und unterstützt. Helfer ist nach Auswahl des Gerichts unter Anhörung des Jugendamts entweder das Jugendamt selbst, eine Vereinigung für Jugendhilfe oder eine Einzelperson. Der Helfer hat, evtl. durch sein mit der Ausübung der Aufsicht betrautes Organ, ein Zutrittsrecht zu dem Kinde und kann von den Eltern, dem gesetzlichen Vertreter und den Personen, denen es zur Verpflegung und Erziehung übergeben ist, Auskunft verlangen. Unter die letztere Personengruppe fallen u. a. auch die Pflegeeltern. Es kann demnach die Schutzaufsicht auch während einer Pflegekindschaft eintreten, die deshalb nicht aufgehoben zu werden braucht.[38]) Z. B. kann, wenn die Pflegekindschaft erst kurze Zeit besteht, die Gefährdung ja schon vorher eingetreten und die Abgabe des Kindes schon eine Heilungsmaßnahme gewesen sein; oder es sind von außen her ohne Schuld der Pflegeeltern schädliche Einflüsse an das Kind herangetreten, die nun von Pflegeeltern und Helfer gemeinsam ausgeschaltet werden sollen.

Soweit eine Schutzaufsicht nicht ausreicht, hat das Gericht zur Verhütung oder Beseitigung der Verwahrlosung die Fürsorge-

[37]) Falls der Erziehungsberechtigte einverstanden ist, kann das Jugendamt auch von sich aus unter bloßer Benachrichtigung des Gerichts die Schutzaufsicht einleiten. (§ 60 Abs. 3 JWG.)

[38]) Die Aufhebung könnte ja auch nur durch den Sorgeberechtigten erfolgen, der evtl., nach Ausschaltung des bisherigen, vom Gericht neu zu bestellen wäre.

erziehung anzuordnen. Diese ist aber, wenn dem Vater oder der Mutter die Personensorge zusteht, nur zulässig, wenn sie an der drohenden Verwahrlosung Schuld tragen, oder eine Verwahrlosung schon vorliegt (§§ 62, 63 JWG, 1666 BGB). Die Ausführung der Fürsorgeerziehung erfolgt durch die landesrechtlich[39]) näher bestimmten Behörden und nach deren Anordnung entweder in einer geeigneten Anstalt oder einer solchen Familie, und in letzterem Falle entweder in der Form der Pflegekindschaft oder in der einer vorübergehenden Unterbringung, wobei die Behörde auch eine bestehende Pflegekindschaft aufheben kann. In der Wahl dieser Maßnahmen ist die Behörde vollkommen frei, unbeschadet der Möglichkeit der Beschwerde an die vorgesetzte Stelle; nur wenn noch innerhalb der ersten 3 Monate die Erziehung in der eigenen Familie des Minderjährigen erfolgen soll, wozu, wie gesagt, auch die pflegeelterliche Familie gehört, ist die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 69 Abs. 4 JWG).

c) Kritik der rechtlichen Regelung.

Das Vormundschaftsgericht hat, wie wir sahen, nur dann eine Möglichkeit, in Maßnahmen des Sorgeberechtigten wirksam einzugreifen, wenn die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung vorliegen oder eine Pflichtwidrigkeit des Vormunds oder der elterlichen Sorgeberechtigten offenbar ist. Gegen diese rechtliche Regelung läßt sich im allgemeinen nichts einwenden; denn das Wesen und die Bedeutung des Eltern- wie des Vormundschaftsverhältnisses ertragen eine zu starke Beaufsichtigung und Reglementierung durch eine Behörde nicht. Gerade die wertvollsten, bei der Sorge für die Person wirksamen persönlich-sittlichen Kräfte würden sonst gelähmt und das Verantwortungsbewußtsein erstickt werden. Um dies zu vermeiden, muß man es mit in den Kauf nehmen, wenn hier und da eine Erziehungsmaßnahme, z. B. ein Unterbringen der Kinder bei Fremden, nicht so erfolgt, wie man es zum Wohle der Kinder wünschen möchte, und wenn diese dann unter Unvernunft oder Sorglosigkeit der Erziehungsberechtigten leiden müssen.

Anders aber liegt die Sache, wenn dem Berechtigten, der das Kind auf dauernd abgegeben und damit doch einen starken, als dauernden beurteilten Mangel seines Erziehungswillens oder -vermögens oder der familiären, häuslichen Verhältnisse des Kindes unmißverständlich ausgesprochen hat, ohne weiteres freisteht, das Kind jederzeit wieder zurückzufordern. Zwar kann es Fälle geben, in denen die Verhältnisse der Pflegeeltern im Vergleich zu denen der Eltern oder derjenigen Personen, in deren Pflege das

[39]) Vgl. die Ausführungsgesetze für Preußen vom 29. 3. 24 (Gesetzsamml. S. 180), für Mecklb.-Schwerin vom 7. 7. 24 (Regierungsblatt S. 221), für Mecklb.-Strelitz vom 2. 5. 25 (Amtlicher Anzeiger S. 137).

Kind jetzt kommen soll, eine sofortige Wegnahme des Kindes in dessen Interesse erfordern, so daß der unbedingt durchgreifende Herausgabeanspruch des Berechtigten der Beschleunigung der Sache und somit dem Kindeswohl dient. Dabei ist aber zu bedenken, daß die Verhältnisse der Erziehungsberechtigten, die das Kind fortgaben, in der Regel, sei es mit, sei es ohne Schuld, keineswegs die günstigsten und die des vorgesehenen neuen Aufenthaltsorts noch weithin unbekannt sein werden. Nehmen wir aber den gerade entgegengesetzten Fall, daß nämlich die Rückforderung feststellbar einen das Kind gefährdenden Mißbrauch des Sorgerechts darstellt, wie umständlich ist dann die rechtliche Regelung. In dem Herausgabeprozeß ist der Mißbrauch der Rechtsstellung, falls nicht, was praktisch kaum vorkommt, die Schikanevoraussetzungen des § 226 BGB vorliegen, solange völlig unbeachtlich, als nicht das Vormundschaftsgericht die Gründe für ein immerhin schwerwiegendes Einschreiten nach den §§ 1666 bzw. 1837, 1886 BGB als voll ausreichend angesehen und demgemäß gehandelt hat.

Wie oft aber wird ein genügender Nachweis für eine pflichtwidrige Gefährdung des Kindes durch das Herausgabeverlangen nicht zu erbringen sein. Wenn der Anspruch dann einem beliebigen Dritten gegenüber ohne weiteres durchgreift, der das Kind gerade bei sich hat, so mag dagegen schließlich nichts zu sagen sein. Anders aber, wenn ohne zwingende Gründe ein Kind aus einer Pflegekindschaft gerissen wird. Da die Pflegeeltern regelmäßig, und zwar gerade in Willensübereinstimmung mit dem Erziehungsberechtigten, viel Mühe auf Pflege und Erziehung des Kindes gewandt und ihm eine Art Elternhaus gewährt haben, verdienten sie wohl eine rechtliche Sicherung gegen nicht dringend notwendige Rückforderungen. Mehr Schutz noch erfordert das Kind. Soweit nicht zwingende Gegengründe vorliegen, verlangt eine gesunde geistige Entwicklung eine Stetigkeit von Erziehung und Erziehern. Wie man einen Baum nicht ohne schweren Schaden hin und her verpflanzen kann, so kann auch nicht ohne Nachteil die Familie, zu der ein Kind sich zugehörig fühlt, gewechselt und die Grundlage seiner Lebensbeziehungen geändert werden. Dazu kommt, daß die Stellung des Kindes in der Familie der Pflegeeltern schon von vornherein beeinträchtigt ist, wenn diese mit einer abredewidrigen plötzlichen Rücknahme des Kindes rechnen müssen.

Es ist außerordentlich bedauerlich, daß die Rechtsordnung das Herausgaberecht des Erziehungsberechtigten auch gegen Pflegeeltern streng, d. h. ohne Zulassung von Billigkeitserwägungen durchführt und sich über ein Lebensverhältnis, das für die Beteiligten doch von schwerwiegender Bedeutung ist, einfach hinwegsetzt. Der Ansicht der Motive, Bd. IV, S. 953, daß für elternhauslose Kinder die zuständigen Behörden ausreichend durch obligatorische Verträge sorgen könnten, kann nicht zugestimmt wer-

den. Die Ansicht ist auch nur auf dem Boden des damals herrschenden Liberalismus zu erklären, welcher die Einzelpersönlichkeit mehr, als uns heute berechtigt erscheint, in den Vordergrund stellte und die natürlichen sozialen Bindungen vernachlässigte. Wenn die Motive weiter ausführen, eine Übernahme des Rechtsinstituts der Pflegekindschaft des ALR ins BGB wäre wegen verschiedener Mängel nicht angängig, so beweist das nichts für die Beseitigung des Instituts, da ja seiner zeitgemäßen Neugestaltung unter Vermeidung der hervorgetretenen Schattenseiten nichts im Wege stand.

Der Mangel des Gesetzes ist auch in der Literatur deutlich empfunden worden. Während der Beratungen zum BGB hat schon Gierke[40]) eine familienrechtliche Berücksichtigung dieses in Deutschland häufigen und auf deutschen Sitten und Anschauungen beruhenden Verhältnisses gefordert. Auch nach Inkrafttreten des BGB hat man gelegentlich versucht, dem Mangel des Gesetzes schon de lege lata zu begegnen. So meint Knitschky,[41]) daß nach dem Grundsatz von Treu und Glauben den Erziehungsberechtigten das willkürliche Abgehen von dem Pflegekindschaftsvertrage nicht zu gestatten sei. Der Gesichtspunkt von Treu und Glauben ist aber nur innerhalb eines Vertragsverhältnisses anwendbar. Da aber die Vereinbarung eines Verzichts auf das jederzeitige Rücknahmerecht nichtig und insoweit das gesamte Vertragsverhältnis unwirksam ist, kann nicht auf dem Umwege über Treu und Glauben dennoch die Wirksamkeit des Verzichts erzielt werden. Heyner, S. 37, will dem Herausgabeanspruch dann den Erfolg versagen, wenn seine Geltendmachung subjektiv einen Mißbrauch des Sorgerechts darstellt, auch ohne daß eine Gefährdung des Kindes hinzukommen müßte, wenn sie nämlich nur scheinbar eine Fürsorge für das Kind beabsichtigt und in Wirklichkeit anderen Zwecken dient. Wenn diese Ausführungen nur die Schikanevoraussetzungen näher umschreiben oder besagen wollen, daß der keinen Rechtsschutz verdient, der eine Klage erhebt, ohne den beantragten Erfolg zu wollen, so sagen sie nichts Neues. Darüber hinaus aber treffen sie m. E. nicht zu. Denn wenn schon das Vormundschaftsgericht nur bei einer das Kindeswohl gefährdenden Pflichtverletzung einschreitet und sich im übrigen von jedem Eingriff in die Erziehung fern hält, so kann es unmöglich Aufgabe des Prozeßgerichts sein, zu prüfen, aus welchen Motiven eine Handlung geschieht, die sich objektiv als eine Ausübung der Personensorge darstellt. Es würden sonst auch zwei nebeneinander geordnete Instanzen über die Sachgemäßheit, über die „Loyalität" der Personensorgeübung entscheiden, was zu unmöglichen Folgerungen führen würde.

---

[40]) Seite 486.
[41]) Seite 157.

Der Mangel der gesetzlichen Regelung ist also auch nicht auf Umwegen aufzuheben. Es kann nur eine Änderung des Gesetzes helfen, die der Pflegekindschaft Rechtsschutz gewährt und alle nicht vom Kindesinteresse erforderten Rückforderungen ausschließt oder doch beschränkt. Die Beschränkung müßte sich gleicherweise gegen elterliche Sorgeberechtigte, Einzelvormünder, Amtsvormünder und Fürsorgeerziehungsbehörden richten. Denn wenn auch die letzteren beiden Gruppen eine größere Gewähr für nur sachgemäße Ausübung des Rücknahmerechts bieten mögen, so wird ja überhaupt der Wert einer Pflegekindschaft beeinträchtigt, wenn das Damoklesschwert des beliebigen Rücknahmerechts droht. Über die sachliche Berechtigung eines Rückgabeverlangens könnte unter Abwägung der Interessen des Sorgeberechtigten, der Pflegeeltern und in erster Linie der des Kindes das Vormundschaftsgericht entscheiden, ähnlich wie es jetzt im Falle des § 1635 Abs. 1 Satz 2 die Kinder geschiedener Gatten dem einen oder anderen von ihnen zuweist.

Eine Besonderheit in der rechtspolitischen Beurteilung des Rücknahmerechts wird sich jedoch ergeben, wenn die Pflegekindschaft nur durch Vereinbarung mit einem Nichtsorgeberechtigten oder durch einseitige Aufnahme zustande gekommen ist. Wenn auch jeder Eingriff von großer Bedeutung besonders für das Kind sein wird, so ist doch mangels eines Vertrages mit dem Berechtigten das Rechtsschutzbedürfnis der Pflegeeltern ein geringeres.[42]) Andererseits ist die Schutzwürdigkeit des Interesses des Berechtigten an der Wiedererlangung des Kindes hier eine größere oder gerade eine geringere, je nachdem, ob ihm das Kind mit seiner Schuld oder ohne solche abhanden gekommen ist. Daher mag zweifelhaft sein, welche Regelung des Rücknahmerechts für diese Fälle erwünscht wäre. Eine befriedigende Lösung dürfte aber zu finden sein, wenn man davon ausgeht, daß die Pflegeeltern ja die Möglichkeit haben, zu versuchen, eine Bestätigung der Pflegekindschaft durch den Berechtigten zu erlangen. Ist dieser unbekannt, so können sie sich an das Vormundschaftsgericht wenden, damit dem Kinde ein Vormund bestellt oder der Sorgeberechtigte ermittelt wird, und können dann bei diesen die Überlassung der Ausübung der Personensorge nachsuchen. Wenn die Pflegeeltern einen Rechtsschutz beanspruchen, so kann man auch von ihnen erwarten, daß sie in dieser Weise das öffentliche Interesse an der Klarstellung von Familienstand und Erziehungsberechtigung anerkennen. Lehnt der Berechtigte dann einen Vertragsschluß ab und fordert die Herausgabe des Kindes, so ist der Schade, weil die Pflegekindschaft erst ganz im Anfang steht, noch kein großer.

[42]) Die Pflegekindschaft des Vormunds kommt natürlich nicht in Betracht, da hier für ein Herausgaberecht gegen die Pflegeeltern kein Raum ist.

Stimmt er dagegen zu, so sind die Pflegeeltern gegen Rücknahme ohne zwingende Gründe zu schützen. Haben sie aber die Bestätigung nicht nachgesucht, so dürfte das Herausgaberecht ohne weiteres zu gewähren sein, zumal gerade auch im Kindesinteresse das Bestimmungsrecht des Erziehungsberechtigten, das ja in den übrigen, entgegengesetzt beurteilten Fällen die Grundlage der Pflegekindschaft gebildet hatte, nicht mißachtet werden darf. Offenbar mißbräuchlicher Geltendmachung mag das Vormundschaftsgericht entgegentreten.

B. Nach öffentlichem Recht.

Zeigte der vorhergehende Abschnitt, daß die (Eigen-) Pflegekindschaft eine durchaus beachtliche Erscheinung im Rechtsleben darstellt, wenn das bürgerliche Recht sie auch nicht besonders würdigt, so fragt sich nun, welche Berücksichtigung sie im öffentlichen Recht erfährt. Wenn hierbei auch alle wichtigeren Rechtsgebiete herangezogen werden sollen, so kann und will die Untersuchung bei der außerordentlichen Vielseitigkeit und Verzweigtheit des öffentlichen Rechts einen Anspruch auf Vollständigkeit nicht erheben. Für unseren Zweck wird es sich empfehlen, drei Gruppen im öffentlichen Recht zu unterscheiden; einmal die Gesetze, welche unter Berücksichtigung der Hausstandsverhältnisse des einzelnen finanzielle Belastungen oder Zuwendungen von seiten des Staates betreffen (Steuer-, Besoldungs-, Sozialversicherungs- usw. Gesetze), sodann solche, die die öffentliche Wohlfahrt (Gesundheit, Bildung, Jugendwohlfahrt) zum Gegenstand haben, endlich als dritte, vorweg zu behandelnde Gruppe die Gesetze, die allgemein die Stellung des einzelnen zum Staate und seiner Rechtsordnung betreffen (Straf-, Prozeß- und Staatsrecht). Die Darstellung darf sich dabei nicht auf die Stellen beschränken, die dieses Verhältnis ausdrücklich nennen, sondern muß, wie es schon im zivilrechtlichen Abschnitt geschah, auch die sonstigen Vorschriften heranziehen, die für die besondere Lage der Pflegeeltern und -kinder von Wichtigkeit sind.

1. Straf-, Prozeß- und Staatsrecht.

a) Strafrecht.

Das Strafgesetzbuch befaßt sich in dreierlei Hinsicht mit der Pflegekindschaft. Einmal gewährt es ihr Schutz und sucht insbesondere die Pflegekinder vor einem Mißbrauch der Machtstellung der Pflegeeltern, von denen sie ja meist ganz abhängig sind, zu bewahren. Unter ausdrücklicher Hervorhebung dieses Verhältnisses geschieht es im § 174 Z. 1, wo Pflegeeltern, die mit ihren

Pflegekindern unzüchtige Handlungen vornehmen, mit Zuchthausstrafe bedroht werden.[43])

Dazu kommen andere Vorschriften, die ohne ausdrückliche Erwähnung doch die Pflegekindschaft mit betreffen. So wird nach § 221 bestraft, wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person aussetzt oder eine solche Person, wenn sie seiner Obhut[44]) untersteht oder er für deren Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme zu sorgen hat,[45]) in hilfloser Lage vorsätzlich verläßt.[46]) Da Pflegekinder begriffsnotwendig der Obhut der Pflegeeltern unterstehen, diese bei Vorliegen eines Vertrags außerdem für die Unterbringung usw. der Kinder zu sorgen haben, so verfallen sie stets der Strafe des Paragraphen, wenn sie sich auf die vorgedachte Weise eines aus einem der drei gesetzlichen Gründe hilflosen Kindes entledigen.

Ähnlich liegt es im Absatz 2 des § 223a. Die dort genannten straferhöhenden Umstände greifen Platz, wenn Pflegeeltern an ihren Pflegekindern eine Körperverletzung mittels grausamer oder boshafter Behandlung begehen, es sei denn, daß die Kinder weder unter 18 Jahren noch wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlos sind.[47]) Von den in dem Paragraphen genannten Tatbeständen trifft hier nämlich der der Obhut des Täters und der Zugehörigkeit des Verletzten zu seinem Hausstand stets zu, bei Vorliegen eines Vertrages mit dem Sorgeberechtigten außerdem die beiden weiteren, daß nämlich die Kinder der Fürsorge des Täters unterstehen und von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen sind.

Im § 361 Z. 4 setzen die Worte: „Personen, welche seiner — des Täters — Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören" und die genau entsprechenden Worte in der Ziffer 9 allerdings voraus, daß der Vorstand der häuslichen Gemeinschaft aus eigenem oder abgeleitetem Recht zur Ausübung einer gewissen Aufsicht und Gewalt befugt ist. Daher können nach dieser Vorschrift nur solche Pflegeeltern bestraft werden, denen von dem Berechtigten die Ausübung der Personensorge überlassen

---

[43]) Ebenso im amtlichen Entwurf des neuen StGB § 265, jedoch unter Beschränkung auf minderjährige Pflegekinder. Vgl., auch für das folgende, Alsberg, „Das StGB und der amtliche Entwurf", synoptisch gegenübergestellt, 1926.

[44]) Obhut ist in rein tatsächlichem Sinne zu verstehen und bedarf keiner rechtlichen Grundlage; vgl. Ebermayer, Anm. 3 zu § 221; RGSt 17, 260; a. M. Olshausen, Anm. 6 a zu § 221 StGB.

[45]) Hier ist eine Rechtspflicht vorausgesetzt, mag sie nun auf Gesetz, Beruf, Amt oder Vertrag beruhen; vgl. Ebermayer, Anm. 3 zu § 221.

[46]) Ebenso § 230 Entw.; jedoch drei Abweichungen: der Grund der Hilflosigkeit ist gleichgültig; statt „Verlassens" genügt „Lassen" in hilfloser Lage; andererseits ist Lebensgefährdung durch die Tat erforderlich.

[47]) Sachlich ebenso Entw. § 240 in Verbindung mit §§ 233, 237, 11 Ziff. 1. Die Strafandrohung ist erheblich verschärft.

ist,[48]) wenn sie es nämlich versäumen, die Kinder vom Betteln, Stehlen oder einigen anderen Straftaten abzuhalten.[49]) — Nicht berücksichtigt ist die Pflegekindschaft dagegen z. B. in den §§ 181 und 215, so daß die Verkuppelung eines Pflegekindes nur unter den Voraussetzungen des § 180, also im Falle der Gewohnheitsmäßigkeit oder der eigennützigen Absicht strafbar ist,[50]) und der Totschlag an Pflegeeltern eine erhöhte Strafandrohung nicht begründet.[51])

Unter der Voraussetzung eines Vertrages mit dem Berechtigten genießen sogar die Pflegeeltern, wenigstens mittelbar, einen Schutz gegen die Entziehung der Kinder durch List, Drohung oder Gewalt, indem eine solche Handlung, wenn sie von Dritten verübt ist, regelmäßig auch eine Entziehung dem Sorgeberechtigten gegenüber darstellen wird (§ 235).[52]) Haben dagegen die Pflegeeltern das Kind von der Fürsorgeerziehungsbehörde erhalten, so ist jede Entziehung des Kindes oder Verleitung des Kindes, sich selbst zu entziehen, und jede Beihilfe und jeder Versuch dazu, auch ohne daß die Handlung auf List, Drohung oder Gewalt beruht, auf den zurücknehmbaren Antrag der Behörde strafbar (§ 76 JWG).

Der zweite Gesichtspunkt, aus dem heraus das StGB das Pflegekindschaftsverhältnis berücksichtigt, ist der Gedanke, daß eine besondere Verbundenheit eines Täters mit einer anderen Person unter Umständen eine besondere Beurteilung einer Tat rechtfertigt. Zur technischen Erleichterung der demgemäß zu treffenden Bestimmungen stellt es zunächst im § 52 Abs. 2 den für das ganze StGB gültigen[53]) Angehörigenbegriff auf, und begreift darunter auch Pflegeeltern und -kinder. Überall also, wo in diesem Gesetz von Angehörigen die Rede ist, ist auch unser Verhältnis gemeint. So ist einmal nach § 52 eine erzwungene Handlung nicht nur dann nicht strafbar, wenn sich die unwiderstehliche Gewalt oder die anders nicht abwendbare Drohung gegen den Täter selbst wandte, sondern auch wenn sie sich gegen einen Angehörigen richtete.[54]) Ebenso ist eine Handlung nicht strafbar, wenn sie zur Rettung eines Angehörigen aus einer unverschuldeten, anders nicht abwend-

---

[48]) Vgl. Ebermayer, Anm. IV, 16 und IX, 2; Olshausen, Anm. d α zu Ziffer 4, Anm. a zu Ziffer 9.

[49]) Wegen Bettelns ähnlich § 379 Entw. unter Ausdehnung auf Personen bis zu 18 Jahren; im übrigen fehlt eine entsprechende Vorschrift.

[50]) Anders die strenge Strafandrohung im Entw. § 275 Abs. 2; jedoch ist, wenn es sich nur um Duldung des Beischlafs unter Verlobten handelt, zur Strafbarkeit erforderlich, daß eigennützige Absicht vorliegt oder daß die verkuppelte Person noch nicht 18 Jahre alt ist (§§ 272 bis 274).

[51]) Ebenso §§ 221 ff. Entw.

[52]) Vgl. hierzu RGSt 37, 1. Ebenso § 281 Entw., doch ist das Mittel der Entziehung gleichgültig.

[53]) Vgl. Ebermayer, Anm. 5; Olshausen, Anm. 16; Frank, Anm. IV, sämtlich zu § 52 StGB; ebenso § 11 Abs. 2 Entw.

baren gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben geschah (§ 54).[54]) Ein Beistand, den man einem Angehörigen, der ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat, leistet, um ihn der Bestrafung zu entziehen, ist nicht strafbar (§ 257).[55]) Ist ein Totschläger ohne eigene Schuld durch eine einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, so tritt Strafmilderung ein (§ 213).[56])

Endlich will das Gesetz sich von der Einmischung in Verfehlungen von geringerer Bedeutung, die innerhalb einer Familiengemeinschaft blieben, möglichst zurückhalten. Daher werden kleinere Diebstähle und Unterschlagungen sowie Betrügereien und Verletzungen des Jagdrechts, die unter Angehörigen geschahen, nur auf besonderen Antrag verfolgt, dessen Zurücknahme zulässig ist.[57]) In anderen Fällen wieder, bei fahrlässigen oder einfachen vorsätzlichen Körperverletzungen und bei Sachbeschädigungen, welche schon an sich nur auf Antrag verfolgt werden, ist die sonst nicht zulässige Zurücknahme des Antrags gestattet, wenn der Täter ein Angehöriger ist.[58])

b) Prozeßrecht.

In den Gesetzen über das gerichtliche Verfahren hat eine Familienzugehörigkeit insofern Bedeutung, als man das Zeugnis in Angelegenheiten eines Angehörigen oder bezüglich solcher Fragen, deren Beantwortung einem Angehörigen die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden[59]) oder Unehre[59]) bringen würde, verweigern kann.[60]) Die näheren Bestimmungen — § 52 StGB gilt hier ja nicht — zeigen aber, daß diese Vorschriften Pflegeeltern und -kinder nicht mitbegreifen.

c) Staatsrecht.

Im Staatsrecht, in der Frage der Staatsangehörigkeit wird die Pflegekindschaft nicht berücksichtigt, was um so weniger ver-

---

[54]) Der Entwurf definiert den Notstand anders unter Einbeziehung der erzwungenen Handlung und gestattet insoweit ein straffreies Tun zugunsten von jedermann (§ 22).

[55]) Es sei denn, daß der Beistand schon vor der Tat zugesagt worden ist oder die besonderen Voraussetzungen des § 258 vorliegen. Im Entwurf ist die Tat an sich stets strafbar, jedoch ist im Einzelfall Absehen von Strafe möglich (§ 186).

[56]) Dieser an sich strafmildernde Umstand ist im Entwurf nicht besonders erwähnt (§ 222).

[57]) Ähnlich im Entwurf, außerdem bei Untreue. (§§ 302, 315, 330).

[58]) Im Entwurf ist die Zurücknahme überhaupt nicht auf besondere Fälle beschränkt; die endgültige Regelung des Antragsrechts soll der künftigen Strafprozeßordnung vorbehalten bleiben.

[59]) Diese beiden Gründe sind nur in der Zivilprozeßordnung, nicht aber in der Strafprozeßordnung zugelassen.

[60]) § 52 StPO, §§ 383 Ziffer 1–3, 384 Ziffer 1–2 ZPO, § 15 FGG, § 72 KO.

wunderlich ist, als auch das Adoptivverhältnis in diesem Punkte keine Wirkungen äußert. Ein Findelkind gilt bis zum Beweise des Gegenteils als Angehöriger desjenigen deutschen Landes, in dem es aufgefunden wurde, ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Aufnehmenden.[61])

2. Steuer-, Besoldungs-, Sozialversicherungsrecht usw.

a) Steuerrecht.

In der zweiten Hauptgruppe der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen sind zunächst die Steuergesetze zu nennen, und zwar zuerst das Einkommen- und das Vermögenssteuergesetz, da diese am stärksten die Gesamtheit der wirtschaftlichen Lage des einzelnen erfassen und daher auch am ehesten die Hausstandsverhältnisse in Rechnung stellen können. Bei der Einkommensteuer taucht zuerst im Gesetz vom 29. 3. 1920[62]) eine Berücksichtigung der Pflegekindschaft auf; es wird nämlich das Einkommen eines Steuerpflichtigen in der Regel mit dem seiner minderjährigen, zu seiner Haushaltung zählenden Kinder zusammengerechnet, während auf der anderen Seite der steuerfreie Betrag mit der Zahl der Kinder steigt; auch Pflegekinder gehören in diesem Sinne zu den Kindern. Die gleichen Bestimmungen kehren in den §§ 23, 50, 52 des jetzt geltenden Einkommensteuergesetzes vom 10. 8. 1925 (RGBl S. 189) wieder. — Das Vermögenssteuergesetz vom 8. 4. 1922 (RGBl S. 335) schließt ebenfalls die Pflegekinder ein, wenn es bei Vorhandensein von wenigstens zwei minderjährigen haushaltsangehörigen Kindern Steuererleichterungen gewährt.[63]) — Von Bedeutung sind Familienbeziehungen auch im Erbschaftssteuergesetz,[64])[65]) da die Steuersätze dem persönlichen Verhältnis des Erbschaftserwerbers zum Erblasser entsprechend verschieden geregelt sind. Die Pflegekinder werden jedoch nicht erwähnt, fallen daher in die V. (letzte) Klasse, die alle die Personen umfaßt, denen eine bevorzugte Behandlung nicht zuteil wird.

---

[61]) Vgl. § 3, § 9 Abs. 2 Ziffer 1, § 4 Abs. 2 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 22. 7. 13 (RGBl S. 583).

[62]) (RGBl S. 359) und zwar in den §§ 17 u. 20.

[63]) Vgl. § 21, welcher dem § 8 des neuen Vermögenssteuergesetzes vom 10. 8. 25 (RGBl S. 233) entspricht.

[64]) Vom 22. 8. 1925 (RGBl S. 320).

[65]) In diesem Gesetz wird, meines Wissens sonst nirgends, ein fast vergessenes Rechtsinstitut genannt, das eine gewisse Parallelerscheinung zur Pflegekindschaft bildet, die Einkindschaft (unio prolium), ein familienrechtlicher Vertrag, durch den zwischen Kindern erster Ehe und deren Vater oder Mutter mit dem zweiten Ehegatten der letzteren die völlige Gleichstellung der Kinder beider Ehen vereinbart wird. (Vgl. Staudinger, 7.—8. Aufl., Anm. V zu § 209 EGBGB.) Die familienrechtlichen Wirkungen der Einkindschaft haben mit dem 1. 1. 1900 aufgehört (vgl. §§ 203, 209 EG; OLG 1, 122), während die erbrechtlichen fortwirken (§§ 214, 217 EG; Planck, Anm. 5 zu § 209 EG; RGRK Vorbem. 4 zu § 1741 BGB). Vgl. auch Wolff-Kipp, II, 2, § 98, IV.

b) Besoldungsrecht.

Bei der Bemessung der Bezüge der öffentlichen Beamten wird weitgehend Zahl und Alter der von ihnen zu unterhaltenden Familienmitglieder berücksichtigt. Zu diesen sind seit der Neufassung des Reichsbesoldungsgesetzes vom 26. 10. 1922 (RGBl S. 811) nach § 16 Abs. 3 zwar auch Stiefkinder, die in den Hausstand aufgenommen sind, uneheliche Kinder, für deren vollen Unterhalt der Beamte aufkommt, und Adoptivkinder zu rechnen, Pflegekinder jedoch nicht.[66])[67])

c) Versorgungsrecht.

Dagegen findet das Pflegekindschaftsverhältnis volle Berücksichtigung in dem Reichsversorgungsgesetz,[68]) welches früheren Angehörigen der deutschen Wehrmacht und ihren Hinterbliebenen wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen einer nach dem 31. 7. 1914 erlittenen Dienstbeschädigung auf Antrag Versorgung gewährt. Dabei wird nicht nur für Pflegekinder eine Kinderzulage bzw. eine Waisenrente gezahlt, sondern es erhalten auch Pflegeeltern eine Elternrente, wenn sie den Verstorbenen früher vor der Dienstbeschädigung unentgeltlich unterhalten haben und er ihr Ernährer gewesen ist oder geworden wäre (§§ 30, 41, 43—45). — Erwähnt mag hier werden, daß während des Krieges die Familienunterstützungen der zur Wehrmacht eingezogenen Mannschaften[69]) auch an bedürftige Pflegekinder bzw. -eltern gezahlt wurden.

d) Sozialversicherungsrecht.

In dem großen Gebiet der Sozialversicherung ist die Behandlung der Pflegekinder keine einheitliche. In der Krankenversicherung überläßt das Gesetz die nähere Regelung der Satzung der zuständigen Krankenkasse. Diese kann nach § 191 der Reichsversicherungsordnung[70]) das Krankengeld des Versicherten abstufen nach der Zahl seiner Kinder und sonstigen Angehörigen, die er von

---

[66]) Auch die neueste Fassung des Reichsbesoldungsgesetzes vom 6. 12. 1926 (RBesoldBl S. 149) ändert den Rechtszustand nicht; die Ausschaltung der Pflegekinder ist noch ausdrücklich ausgesprochen in den Ziffern 175 und 177 der Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz vom 14. 7. 1924 (RBesoldBl S. 221).

[67]) Vgl. auch Klumker, „Die Rechtsstellung der unehelichen Kinder in den Sozial- und Beamtengesetzen" in der JW 1926, S. 1418.

[68]) In der Fassung des Gesetzes vom 31. 7. 1925 (RGBl S. 165), abgeändert durch Gesetz vom 8. 7. 1926 (RGBl S. 398).

[69]) Gesetz vom 28. 2. 1888 (RGBl S. 59) in Verbindung mit den Bundesratsverordnungen vom 21. 1. 1916 (RGBl S. 55) und vom 20. 4. 1917 (RGBl S. 371).

[70]) In der Fassung des Gesetzes vom 15. 12. 1924 (RGBl S. 779), abgeändert durch die Gesetze vom 25. 6. 1926 (RGBl S. 311) und vom 9. 7. 1926 (RGBl S. 407).

seinem Arbeitsverdienst ganz oder überwiegend unterhalten hat. Der weit gefaßte Ausdruck „sonstige Angehörige" läßt die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Pflegekindschaft durch die Satzung offen. Als Pflichtleistung dagegen ist auch der Pflegetochter eines Versicherten, die mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebt, als sogenannte Familienhilfe eine Wochenhilfe zu zahlen (§ 205a). — In der Unfallversicherung erhöht sich eine gewährte Rente nach der Zahl der Kinder; die Definition des Kinderbegriffs in § 559 b Abs. 2 schließt jedoch die Pflegekinder aus. Höchstens insofern haben Kinderzulagen auch für die Pflegekindschaft Bedeutung, als sie nämlich unmittelbar an die das Kind tatsächlich unterhaltenden Pflegeeltern ausgehändigt werden, falls der leibliche Vater sich nachweisbar dem Unterhalt und der Pflege entzieht (§ 559 b Abs. 6). Im übrigen scheiden die Pflegekinder aus dem Gebiet der Sozialversicherung aus, da immer wieder zur Abgrenzung des Kinderbegriffs auf Abs. 2 des § 559 b Bezug genommen wird.[71])

e) Erwerbslosenrecht.

Volle Berücksichtigung wiederum finden Pflegekinder in der Erwerbslosenfürsorge.[72]) Die zu gewährende Unterstützung ist nach der Zahl der von dem Unterstützten unterhaltenen Familienglieder angemessen zu erhöhen; zu diesen werden auch Pflegekinder gerechnet, welche bis zum Eintritt der Unterstützungsbedürftigkeit ganz oder in der Hauptsache unentgeltlich unterhalten wurden (§ 3 Abs. 2). Die gleichen Bestimmungen gelten auch für die Kurzarbeiter-[73]) und Krisenfürsorge.[74])[75])

f) Armenrecht.

In der die Armenfürsorge regelnden Verordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. 2. 1924 (RGBl S. 100) sind hierher einschlägige Bestimmungen nicht enthalten. Denn hier steht lediglich

---

[71]) So z. B. in der Reichsversicherungsordnung (Fassung vom 25. 6. 1926) bei der Hinterbliebenenrente des § 591 und der Waisenrente der Invalidenversicherung gemäß § 1259; im Angestelltenversicherungsgesetz (Fassung vom 28. 5. 1924, RGBl S. 563, abgeändert am 25. 6. 1926, RGBl S. 311) bei der Waisenrente und dem Ruhegeldskinderzuschuß der §§ 33 und 58; im Knappschaftsgesetz (Fassung vom 1. 7. 1926, RGBl S. 369) beim Kinderzuschlag zum Krankengeld und dem Waisengeld der §§ 22, 34 und 56.

[72]) Verordnung vom 16. 2. 1924 (RGBl S. 127).

[73]) Vgl. Anordnung des Reichsarbeitsministers vom 20. 2. 1926 (RGBl S. 105), § 2 Abs. 1.

[74]) Vgl. Gesetz vom 19. 11. 1926 (RGBl S. 489), § 2.

[75]) An die Stelle der vorgenannten drei Bestimmungen tritt am 1. 10. 1927 das Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung vom 16. 7. 1927 (RGBl S. 187). Nach dessen § 103 werden Familienzuschläge zur Arbeitslosenunterstützung auch für Pflegekinder gewährt, die der Arbeitslose bis zum Eintritt der Arbeitslosigkeit ganz oder überwiegend unterhalten hat; siehe auch § 175 Abs. 3.

die Hilfsbedürftigkeit des Einzelnen zur Entscheidung. Liegt sie vor, so muß die Behörde eingreifen, gleichgültig, ob eine Person etwa das Pflegekind eines anderweit zu Unterstützenden ist oder sich nur ganz zufällig im Bezirk der Behörde aufhält. Allerdings gewinnt die Familienzugehörigkeit aus einem anderen Gesichtspunkt heraus, dem der Zuständigkeitsverteilung, auch in dieser Verordnung große Bedeutung. Doch gehören zur Familie in diesem Sinne nur Ehegatten und Verwandte auf- und absteigender Linie (§ 7 Abs. 3). Dagegen scheint der Abs. 3 des § 9, nach welchem ein für die Zuständigkeit maßgebender Aufenthalt nicht begründet wird durch „Unterbringung von Kindern in Pflege", sogar eine ausdrückliche, wenn auch negative Bestimmung für (Eigen-)Pflegekinder zu bringen. Eine nähere Betrachtung des Wortes „unterbringen" spricht aber für das Gegenteil, da es einen auf Zeit berechneten, nicht endgültigen Charakter trägt und ein, wenn auch etwas abgeschwächtes praktisch fortdauerndes Herrschaftsverhältnis des Unterbringenden zu dem Untergebrachten voraussetzt. Daß Pflegekinder in unserem Sinne mit dieser Bestimmung nicht gemeint seien — der Ausdruck selbst ist ja auch vermieden — hat auch der Reichsarbeitsminister in amtlicher Beantwortung eines Beweisbeschlusses des Bundesamts für Heimatwesen wie folgt ausgeführt: „. . . Ebensowenig ist ein Kind bei demjenigen untergebracht, der es nicht für einen anderen verpflegt, sondern als eigen in seine Familie aufgenommen hat".[76]) Dennoch hat das Bundesamt in der Sache entschieden,[77]) daß im § 9 der Verordnung die Aufsichtspflegekinder des § 19 JWG ohne die Ausnahme des § 21, demnach auch alle Eigenpflegekinder unter 14 Jahren, gemeint seien und daß also insoweit die Begründung einer armenrechtlichen Zuständigkeit durch eine Eigenpflegekindschaft durch § 9 ausgeschlossen werde. Dies mag allerdings solange auch berechtigt sein, als infolge der beliebigen Rückforderungsmöglichkeit die Zukunft einer Eigenpflegekindschaft ungewiß ist. Sobald die Kinder aber das 14. Jahr vollendet haben, finden lediglich die allgemeinen Zuständigkeitsvorschriften Anwendung.

3. Bestimmungen über Schulpflicht, Gesundheits- und Jugendpflege.

a) Bestimmungen über die Schulpflicht.

In der dritten Hauptgruppe sind zunächst die landesrechtlichen Bestimmungen zu nennen, welche neben den Eltern u. a. auch den Pflegeeltern unter Strafandrohung zur Pflicht machen, ihre schul-

[76]) Vgl. Reichsarbeitsblatt 1925 Nr. 37, S. 457.
[77]) Vgl. Baath, Anm. 8 zu § 9; siehe auch DJZ 1926, Sp. 1348.

pflichtigen Kinder zu regelmäßigem Schulbesuch anzuhalten.[78]) Dem entspricht ihr Recht, bei der Wahl der Elternvertreter im Schulvorstand zu wählen und gewählt zu werden.[79])

b) Bestimmungen über Gesundheitspflege.

Ähnlich verhält es sich mit der Impfpflicht. Das Impfgesetz[80]) macht neben Eltern und Vormündern auch Pflegeeltern dafür verantwortlich, daß ihre Pflegebefohlenen zur Impfung und der folgenden Nachschau erscheinen, und verpflichtet sie, auf amtliches Erfordern nachzuweisen, daß die Impfung der Kinder erfolgt oder aus einem gesetzlichen Grunde unterblieben ist.

Das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927 (RGBl S. 61) verpflichtet im § 2 neben Eltern und Vormündern auch sonstige Erziehungsberechtigte, also Pflegeeltern mindestens bei Vorliegen eines Vertrags mit dem Sorgeberechtigten, für ärztliche Behandlung geschlechtskranker Pflegebefohlener zu sorgen. Unter der gleichen Voraussetzung werden Pflegeeltern betroffen, wenn die §§ 14 und 15 für den, der „für die Pflege eines Kindes zu sorgen hat", bestimmte Vorschriften über das Stillenlassen eines Kindes durch fremde Personen aufstellen. Dagegen gilt § 14 Ziffer 4, welche den mit Strafe bedroht, der wissentlich ein geschlechtskrankes Kind in Pflege gibt, ohne den Pflegeeltern die Krankheit anzuzeigen, für jede Art von Eigenpflegekindschaft, ohne sich auf diese zu beschränken.

c) Bestimmungen über gewerbliche Kinderarbeit.

Eigentümlich verfährt das Gesetz betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben.[81]) Es stellt zwei Gruppen von Kindern auf, fremde und eigene. Die Beschäftigung letzterer ist in etwas weiterem Umfang zulässig, und wenn sie gesetzwidrig erfolgt, minder strafbar. Die Trennungslinie führt das Gesetz in ziemlich verwickelter Weise mitten durch die Pflegekinder hindurch. Sie gel-

---

[78]) Sie fehlen in Preußen, vgl. Ges. v. 14. 6. 1924 u. DJZ 1927, Sp. 92. In Mecklb.-Strelitz sprechen die Schulordnungen für die Stadt- und die Landschulen vom 24. 4. 1927 (Amtl. Anzeiger S. 337) lediglich von Erziehungsberechtigten, so daß die ohne Vertrag mit den Sorgeberechtigten entstandenen Pflegekindschaften ausscheiden; dagegen erwähnten die bis dahin geltenden Schulordnungen die Pflegeeltern ausdrücklich, so z. B. die vom 29. 7. 1912 (Offiz. Anz. S. 345) und vom 14. 7. 1913 (Offiz. Anz. S. 217).

[79]) Für Mecklb.-Strelitz siehe § 3 Abs. 3 des Volksschulverwaltungsgesetzes vom 27. 7. 1922 (Amtl. Anz. S. 412) und § 3 Abs. 2 der Wahlordnung für die Elternvertreter vom 29. 10. 1922 (Amtl. Anz. S. 617).

[80]) Vom 8. 4. 1874 (RGBl S. 31).

[81]) Vom 30. 3. 1903 (RGBl S. 113); es soll durch das z. Z. zur Beratung stehende Arbeitsschutzgesetz aufgehoben werden; in dessen den Kinderschutz betreffenden Bestimmungen ist die Trennung in eigene und fremde Kinder nicht mehr vorgesehen.

ten als eigene, wenn sie 1. mit dem, der sie beschäftigt, oder dessen Ehegatten bis zum dritten Grade verwandt sind oder 2. von ihm oder seinem Ehegatten bevormundet werden oder 3. dem, der sie beschäftigt, in Ausführung der gesetzlichen Fürsorgeerziehung von der Behörde als Pflegekinder überlassen sind und sie zugleich mit Kindern der unter 1 oder 2 bezeichneten Art beschäftigt werden; in allen übrigen Fällen gelten sie als fremde Kinder.

d) Bestimmungen über Pflegekinderschutz im Jugendwohlfahrtsgesetz.

Das Verhältnis des Pflegekinderbegriffs des Jugendwohlfahrtsgesetzes zu dem unserigen ist schon oben dargelegt worden. Die beiden Begriffe — wir unterschieden Eigen- und Aufsichtspflegekinder — gehen von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus, überschneiden sich aber zu einem Teil. Soweit das zutrifft, hat das JWG für unser Thema eine große praktische Bedeutung. Deshalb soll festgestellt werden, welche unserer Eigenpflegekinder zugleich Aufsichtspflegekinder sind. In Frage kommen zunächst alle Eigenpflegekinder unter 14 Jahren, da die weitere Voraussetzung des § 19 JWG, daß sie sich regelmäßig und nicht nur vorübergehend in fremder Pflege[82]) befinden, begriffsnotwendig auf sie zutrifft. Als fremd ist jede Pflege gedacht, die nicht Pflege der leiblichen Eltern[83]) ist, ohne Rücksicht auf gesetzliche Vertretung und Personensorge. Denn wie § 26 Abs. 3 Satz 2 und § 24 Abs. 1 Satz 2 zeigen, ist die Pflege des Vormunds eine fremde, die der unehelichen Mutter jedoch nicht. Ausgenommen von dem § 19 sind jedoch nach § 21 solche ehelich geborenen Eigenpflegekinder, die bei Verwandten oder Verschwägerten bis zum 3. Grade verpflegt werden, also bei Großeltern, Urgroßeltern, Geschwistern, Geschwistern und Schwägern der Eltern usw., vorausgesetzt, daß diese Personen nicht auch sonst entgeltlich, gewerbs- oder gewohnheitsmäßig Kinder in Pflege nehmen.

---

[82]) Pflege bezeichnet an sich nichts als Vornahme der einem Kinde gegenüber notwendigen Fürsorgehandlungen. Drewes-Sandré, Anm. 2 zu § 19, hebt mit Unrecht den von ihm viel zu eng gefaßten Begriff „Pflege" aus dem allgemeineren der „Bewahrung" heraus und verlangt als seine Voraussetzung auch eine geistig-sittliche Erziehung; er übersieht, daß nach § 19 sogar die „vorübergehende Bewahrung" den Begriff der Pflege erfüllt, sobald sie nämlich entgeltlich erfolgt oder die Unentgeltlichkeit nicht von vornherein feststeht. Im übrigen ist die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit überhaupt bedeutungslos.

[83]) D. h. Pflege der ehelichen (einschl. der infolge von Adoption oder Legitimation ihnen gleichgestellten) Eltern oder der unehelichen Mutter; vgl. Friedeberg-Polligkeit, Anm. 6 zu § 19. Der uneheliche Vater fällt nicht hierunter, seine Pflege ist eine fremde, wie aus § 24 Abs. 1 S. 2 zu schließen ist; anderenfalls wäre das uneheliche Kind beim Vater ebenso wie das bei der Mutter durch Sonderbestimmung der Aufsicht unterworfen worden, wofür die Gründe in diesem Falle noch dringender gewesen wären als bei den bei der Mutter befindlichen Kindern.

Die Jugendwohlfahrtsbestimmungen haben Bedeutung sowohl beim Zustandekommen der Eigenpflegekindschaft wie auch bei deren weiterer Führung. Zunächst bedarf es zur Aufnahme eines Kindes, das zugleich Aufsichtspflegekind ist, oder richtiger, durch die Aufnahme werden wird, der vorherigen Erlaubnis des für den gewöhnlichen Aufenthaltsort der Pflegeperson zuständigen Jugendamts, und bei einem Zuzug in einen andern Jugendamtsbezirk der Erlaubnis zur Fortsetzung der Pflege (§§ 20 Abs. 1, 23). Die Erlaubnis kann an Bedingungen geknüpft werden (§§ 21 Abs. 1, 30 Abs. 1). Sie ist allerdings keine Voraussetzung für die Entstehung einer Eigenpflegekindschaft, die sich allein nach den tatsächlichen Beziehungen zwischen Pflegeeltern und -kindern beurteilt. Andererseits ist das Erfordernis der Erlaubnis keine nur auf dem Papier stehende Bestimmung; sie ist durch die Strafvorschrift des § 30 (Geldstrafe oder Haft oder Gefängnis bis zu 3 Monaten) unterstützt. Die Erlaubnis kann widerrufen werden, wenn das körperliche, geistige oder sittliche Wohl des Kindes es erfordert (§ 22 Abs. 2), auch kann das Jugendamt bei Gefahr im Verzug das Kind sofort aus der Pflegestelle entfernen (§ 27 Abs. 1). Es steht aber nicht zu befürchten, daß die Möglichkeit des Widerrufs und der Zwangsentfernung eine Gefahr für die Pflegekindschaft überhaupt bilden; denn sie betreffen nur ganz besondere Ausnahmefälle, in denen sie sich zum Schaden des Kindes entwickelt und in denen daher die Möglichkeit eines schleunigen Durchgreifens von seiten einer in Jugendsachen erfahrenen Stelle nur begrüßt werden kann.

Weiter unterstehen die Pflegekinder, solange sie Aufsichtspflegekinder sind, der Aufsicht des Jugendamts, dem auch das Ende der Pflege, ein Wohnungswechsel und ein etwaiger Tod des Kindes anzuzeigen ist. Die nähere Regelung der Aufsichtsbefugnisse erfolgt durch die Reichsregierung oder die Landesjugendämter.[84]) Eine widerrufliche Befreiung von der Aufsicht kann eintreten bei Kindern, die von den Großeltern, ihrem Vormund, oder von ihrer unehelichen Mutter und deren Ehemann, dessen Namen ihnen erteilt ist, verpflegt werden. Weitere Möglichkeiten können durch die Reichsregierung oder die Landesjugendämter bestimmt werden. Bei Kindern, die von anderen Behörden, wie Fürsorgeerziehungsbehörden, auswärtigen Jugendämtern in Ausübung der Amtsvormundschaft usw., in Familienpflege untergebracht sind, steht die Erlaubniserteilung[85]) und Aufsicht in der Regel diesen Behörden zu. Das bedeutet für die Pflegeeltern eine Erleichterung, indem sie nur mit einer Stelle zu tun haben.

---

[84]) Vgl. die vorbildliche Bekanntmachung des Mecklb.-Schweriner Landesjugendamtes vom 25. 9. 1924 (Regierungsblatt für Mecklb.-Schwerin 1925, S. 156).

[85]) Richtiger: die Auswahl der Pflegestelle.

Zusammenfassend ist also zu sagen: Zur Aufnahme von noch nicht vierzehnjährigen Eigenpflegekindern, die unehelich geboren, oder die zwar ehelich geboren sind, aber nicht von Personen aufgenommen werden, die mit ihnen wenigstens bis zum 3. Grade verwandt oder verschwägert sind und sich entgeltlicher oder gewohnheitsmäßiger Kinderpflege enthalten, bedarf es der Erlaubnis des Jugendamts, das auch die Fortführung der Pflege beaufsichtigt. Als Erschwerung der Entstehung oder Weiterführung von Pflegekindschaften können diese Vorschriften aber nicht gelten. Bei der Wichtigkeit des Schrittes, ein Kind als eigen anzunehmen, wird die Notwendigkeit, eine Erlaubnis einzuholen, nicht weiter ins Gewicht fallen. Wo nicht besondere Bedenken hygienischer oder sittlich-erzieherischer Art vorliegen, wird sie ohne weiteres erteilt werden. Auch die Aufsicht dürfte nicht besonders drückend empfunden werden; denn bei der Art der damit betrauten Behörden darf man mit einer verständnisvollen, möglichst schonenden Ausübung rechnen, und dies um so mehr, als unter allen Gruppen der Aufsichtspflegekinder wohl diejenigen, die zugleich Eigenpflegekinder sind, infolge der Stetigkeit von Pflege und Häuslichkeit im großen und ganzen die günstigsten Vorbedingungen für eine gedeihliche Entwicklung aufweisen dürften. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die verstärkte Möglichkeit zum Vorbeugen durch Erlaubnisverweigerung und zum Einschreiten gegen Mißstände hervorragend dazu beitragen kann, das Ansehen und den sittlichen Wert des (Eigen-) Pflegekindschaftsverhältnisses auf die Dauer zu fördern und zu heben.[86])

Daß übrigens durch das Jugendamt eine wirksamere Fürsorge und Überwachung des persönlichen Wohls auch der nicht aufsichtspflichtigen Pflegekinder, also der über 14 Jahre alten und der von nahen Angehörigen aufgenommenen, geschaffen ist, ist oben schon ausgeführt.[87])

---

[86]) Der Pflegekinderabschnitt des JWG bedeutet einen gewissen Abschluß des Kampfes um Schaffung wirksamer und einheitlicher Schutzbestimmungen gegen das Verwahrlosenlassen von Kindern in Pflegestellen, das besonders bei unehelichen, ihren Müttern und Vätern unbequemen kleinen Kindern oft zum Tode führte (sog. Engelmacherei). Wegen der früheren Zustände und der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen auf diesem Gebiet siehe den Artikel „Haltekinder" im Handwörterbuch der Staatswissenschaften von Conrad u. Lexis und „Ziehkinder" im Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts von Fleischmann; ferner, auch wegen der praktischen behördlichen Arbeit, den eingehenden Bericht in der Zeitschr. f. Säuglingsschutz, 4. Jahrg., Heft 2 u. 3.

[87]) Vgl. auch die in den §§ 3 Ziff. 5–8 und 4 Ziff. 5 u. 6 genannten Aufgabenkreise der Jugendämter unter Berücksichtigung des Art. 8 Ziff. 3 u. 4 der einschränkenden Verordnung vom 14. 2. 1924 (RGBl S. 110).

Schluß.

Die Pflegekindschaft in Gesetzentwurf über die Stellung der unehelichen Kinder.

Wenn unser Thema sich an sich auch auf die Stellung der (Eigen-) Pflegekinder im geltenden bürgerlichen und öffentlichen Recht beschränkt, so wäre die Arbeit doch unvollständig, wollte man nicht zum Schluß auch einen Blick in die Zukunft des Pflegekindschaftsverhältnisses werfen. Es scheinen sich hier nämlich ganz neue Entwicklungen anzubahnen und zwar auf dem bürgerlichrechtlichen Gebiet. Es muß mit dem Wiedereinzug der bisher so arg verschmähten Pflegekindschaft in das Familienrecht gerechnet werden. Der im Reichsjustizministerium ausgearbeitete Entwurf eines Gesetzes über „die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt",[1]) das technisch in das BGB teils als Abänderung, teils als Ergänzung eingefügt werden soll, sieht ihre Auferstehung vor. Der Entwurf bezweckt, offenbar in Ausführung des Artikels 121 der Reichsverfassung, eine günstigere rechtliche Lage der unehelichen Kinder herbeizuführen, indem er in materieller und formeller Hinsicht die Bestimmungen über die Feststellung der Vaterschaft, die Namenserteilung, die Stellung zu Mutter und Vater und die Unterhaltsleistung verbessert und sie den Bestimmungen über die Stellung der ehelichen Kinder mehr angleicht.[2]) Aus dem Gedanken, dort, wo aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen die Kinder nicht ehelichen Kindern der Mutter oder des Vaters gleichgestellt werden können, wenigstens ihr möglichst enges Hineinwachsen in einen andern Familienzusammenhalt zu erleichtern, befaßt sich der Entwurf auch mit der Adoption, deren strenge Formvorschriften er wesentlich mildert, und schließt in den §§ 1772 a—g als letzten Titel des Abschnitts „Verwandtschaft" einen neuen Titel mit der Überschrift „Pflegekindschaft" an. Sie ist für die Fälle gedacht, in denen eine Adoption auch auf Grund des Entwurfs nicht möglich ist, weil

[1]) Veröffentlicht im Reichsarbeitsblatt 1925 Nr. 37, S. 459; eine Begründung ist noch nicht veröffentlicht, auch ist der Entwurf bisher weder an den Reichsrat noch an den Reichstag gelangt.

[2]) Die wichtigste Neuerung ist die Beseitigung der exceptio plurium des § 1717 Abs. 1 Satz 1 durch die neue Fassung dieses Paragraphen.

der Annehmende eheliche Abkömmlinge hat, noch nicht 40 Jahre alt oder nicht 18 Jahre älter als der Anzunehmende ist, wichtige Gründe aber für ein Außerbetrachtlassen dieser Hindernisse (§ 1745 Entwurf) nicht vorliegen, oder in denen die Adoption nicht gewünscht, dennoch aber eine auch familienrechtlich wirksame, nicht beliebig aufhebbare Verbindung erstrebt wird.[3])

Nach der Absicht des Entwurfs entsteht eine Pflegekindschaft nur durch einen Vertrag, durch den jemand, dem die Sorge für die Person eines minderjährigen Kindes obliegt, diese auf Zeit einem andern überträgt, so daß der Pflegevater für die Dauer des Vertrags an Stelle des bisher Berechtigten das Recht und die Pflicht erlangt, für die Person des Kindes zu sorgen, mit allen gesetzlichen Folgerungen dieser Rechtstellung, wie z. B. dem Erziehungs-, Züchtigungs-, Beaufsichtigungs- und Aufenthaltsbestimmungsrecht und dem Herausgabeanspruch; letzterer kann sich unter Umständen auch gegen die leiblichen Eltern richten; eine Weiterübertragung der Sorge ist aber ausgeschlossen (§§ 1772 a, d). Das Recht der Vertretung des Kindes in persönlichen Angelegenheiten sowie die Sorge für sein Vermögen wird durch einen solchen Vertrag natürlich nicht berührt. Die Rechtsstellung des Pflegevaters ist hier eine viel klarere und auch weitergehende, als das ALR sie mit seiner verwaschenen Bestimmung über die vertragliche Pflegekindschaft geben konnte. Infolgedessen kann aber der Vertragsschluß nicht beliebig in die Hände der Erziehungsberechtigten gelegt werden. Mit Rücksicht auf das starke Interesse des Staates an einer ordnungsmäßigen Erziehung des Nachwuchses ist nicht nur für den Vertrag die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben, um den Beteiligten die Wichtigkeit ihres Tuns vor Augen zu führen und den Nachweis des Vertragsschlusses zu erleichtern, sondern auch die Wirksamkeit der Abmachung von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht. Das ist nichts Auffälliges, da einerseits die Adoption eines Minderjährigen von einer eben solchen Genehmigung abhängt,[4]) andererseits auch die bloße Aufnahme eines solchen Kindes in Pflege regelmäßig behördlicher Erlaubnis bedarf. Ist das Kind 14 Jahre alt, so soll es vor der Entscheidung gehört werden und hat ein selbständiges Beschwerderecht (§§ 1772 c Entwurf, 59 FGG).

Bemerkenswert ist, daß mehrere Sorgeberechtigte (die ehelichen Eltern nach § 1634 BGB, aber auch der gesetzliche Vertreter des Kindes und der nicht voll geschäftsfähige elterliche Gewalthaber nach den §§ 1676 und 1686 BGB, und nach § 1707 a Entwurf u. U. auch

[3]) Vgl. DJZ 1925, Spalte 1855 und 1926, Spalte 1073; auch Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 1926, S. 158–164 und Brandis in der JW 1925, S. 2725, bes. S. 2730.

[4]) Vgl. § 1751 Abs. 2 BGB; im Entwurf (§§ 1741, 1753 a) ist jede Adoption genehmigungspflichtig.

die unehelichen Eltern) die Übertragung nur gemeinsam vornehmen können. Diese Bestimmung entspricht der Wichtigkeit der Übertragung und will offenbar auch dem im Artikel 119 der Reichsverfassung ausgesprochenen Gedanken der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe Ausdruck geben. Wer verheiratet ist, dem kann die Personensorge nur zugleich mit seinem Ehegatten übertragen werden, ausgenommen bei dauerndem Getrenntleben der Eheleute (§ 1772 b Abs. 2). Diese Vorschrift wird der Bedeutung des Zusammenwirkens der Eheleute bei der Kindererziehung gerecht. Wenn bei der Adoption die Zustimmung des Gatten genügt (§ 1746 BGB; im Entwurf ebenso), so beruht das darauf, daß bei diesem ja nicht auf Minderjährige beschränkten Rechtsakt die Erziehung weniger im Mittelpunkt steht. Im übrigen kann die Übertragung nur an eine Einzelperson, aber auch an eine juristische Person, etwa eine Erziehungsanstalt, erfolgen (§ 1772 b Abs. 3).

Die Pflegekindschaft endet durch Ablauf der Vertragszeit, durch Volljährigkeit des Kindes, durch vorzeitige vertragliche Aufhebung zwischen den Pflegeeltern und demjenigen, dem ohne die Pflegekindschaft die Personensorge zustehen würde, und durch vormundschaftsgerichtliche Anordnung (§ 1772 e). Letztere kann erfolgen, wenn besondere Gründe es im Kindesinteresse erfordern (§ 1772 f); 14 jährige und ältere Kinder dürften zu den „Beteiligten" gehören und daher vor der Entscheidung zu hören sein (§§ 1770 a Satz 2, 1772 c Abs. 2). Da durch den Vertragsschluß die Personensorge von den bisher Berechtigten auf die Pflegeeltern übergeht, ist für ein vertragswidriges Rückforderungsrecht, das ja auf der Personensorge beruht, kein Raum mehr, und die Pflegeeltern haben eine Störung des Verhältnisses dadurch nicht zu befürchten. Sollte jedoch aus besonderen Gründen das Kindeswohl eine sofortige Rücknahme erfordern, so steht es den Eltern oder denjenigen, denen sonst die Personensorge zustehen würde, frei, das Gericht um Aufhebung zu ersuchen. Gegen eine ablehnende Entscheidung dürfte ihnen nach den §§ 20 Absatz 1, 57 Ziffer 9 FGG ein Beschwerderecht einzuräumen sein. Die Rolle desjenigen, der im Falle der Rückforderung einer vormundschaftsgerichtlichen Anordnung für seine Belange bedarf, ist also vertauscht. Endigt die Pflegekindschaft eines minderjährigen Kindes, so tritt es unter die Personensorge desjenigen, dem diese Sorge beim Fehlen einer Pflegekindschaft zu dieser Zeit zustehen würde.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß es sich bei der Pflegekindschaft des Entwurfs um eine Neuerscheinung handelt, die sich weder mit dem Begriff der Aufsichts- noch dem der Eigenpflegekindschaft deckt. Zur Unterscheidung möge wegen der charakteristischen Entstehungsart des Rechtsverhältnisses hier von *Urkundspflegekindschaft* gesprochen werden.

Wenn zunächst die Eigen- und die Urkundspflegekindschaft gegenübergestellt werden soll, so setzt erstere lediglich eine tatsächliche Aufnahme in ein dauerndes elternähnliches Verhältnis voraus, während der Entwurf den Rechtsakt der Personensorgeübertragung in den Mittelpunkt seines Begriffs stellt, ohne notwendig auch eine Familiengemeinschaft von Pflegeeltern und -kindern zu verlangen. Während die Eigenpflegekindschaft mit dem Aufhören elternähnlicher Beziehungen endet, so sind die Endigungsgründe des Entwurfs lediglich rechtlicher Art und betreffen nur die Personensorge, ohne daß die Kinder deshalb notwendig die häusliche Gemeinschaft der Pflegeeltern aufgeben müßten. Umgekehrt kann ein Kind, mit dem die Pflegeeltern alle Beziehungen abgebrochen haben, dennoch ihr Urkundspflegekind sein, weil die Vertragsaufhebung noch aussteht, während es keineswegs mehr ein Eigenpflegekind ist. Auch Urkundspflegekinder einer juristischen Person können nicht zugleich zu der ersteren Gruppe gehören, da hier ein elternähnliches Verhältnis nicht denkbar ist.

Zu einem Teil wird sich aber der Begriff der Eigen- mit dem der Urkundspflegekinder decken. Eine Übereinstimmung beider Gruppen besteht schon darin, daß auch erstere wenigstens als häufigsten Entstehungsgrund einen Vertrag mit dem Sorgeberechtigten aufwies, wenn der Vertrag auch nur die Ausübung der Sorge und nicht ihre dingliche Übertragung zum Gegenstand haben konnte. Weiter wird der Vertragsschluß des Entwurfs meist ein wirkliches elternähnliches Verhältnis bezwecken, falls nicht etwa z. B. die Kürze der festgesetzten Vertragsdauer diese Annahme ausschließt, was nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sein wird. Daß der Vertrag des Entwurfs eine Zeitbestimmung erfordert, schließt die Annahme eines dauernden Verhältnisses nicht aus, besonders wenn als Vertragsende die Volljährigkeit des Kindes bestimmt ist. Die vereinbarte spätere Beendigung der Personensorge läßt ja die Möglichkeit offen, daß die Pflegeeltern, auch ohne vor dem Gesetz noch sorgeberechtigt zu sein, doch tatsächlich die Sorge auch weiter ausüben bzw. nach Volljährigkeit des Kindes ihnen weiter das Elternhaus ersetzen sollen. Gerade die familienrechtliche Anerkennung eines solchen beurkundeten Vertrags, welche alle oft willkürlichen Eingriffe und Herausgabeansprüche des gesetzlichen Vertreters und die Halbheit und Schwäche des bisherigen Verhältnisses vermeidet, wird die Entstehung einer Eigenpflegekindschaft begünstigen.

Betont sei aber, daß auch bei Annahme des Entwurfs als Gesetz der Eigenpflegekinderbegriff nicht in dem des Entwurfs aufgeht, letzterer vielmehr nur als ein neuer, familienrechtlich bedeutsamer Begriff neben die bisherigen tritt. Niemand würde gehindert sein, durch eine einfache, nicht beurkundete, rechtlich schwächer wirkende Vereinbarung mit dem Sorgeberechtigten oder auch ohne Verein-

barung einseitig[5]) ein Eigenpflegekind anzunehmen. Die Eigenpflegekindschaft behält nach wie vor ihre volle Bedeutung im öffentlichen Recht. Nur sie als ein tatsächliches elternähnliches Verhältnis rechtfertigt z. B. im StGB ihre Einreihung unter den Angehörigenbegriff, wozu die bloße Sorgeberechtigung der Urkundspflegeeltern allein keinen Anlaß bieten könnte, da nicht einmal ein Vormund, dem häufig außer der Personensorge noch die Sorge für das Vermögen und die Vertretung des Kindes zusteht, zu den Angehörigen gehört. Auch die oben genannten Steuer-, Versorgungs-, Sozialversicherungs-, Fürsorge- usw. Gesetze haben lediglich ein tatsächliches Verhältnis ohne Rücksicht auf das Personensorgerecht im Sinne, wenn sie von Pflegekindern sprechen.

Rechtspolitisch ist die Neuerung nur zu begrüßen. Zwar kann Gierke,[6]) wenn er gerade unter Berufung auf das Wesen der deutschen Hausgemeinschaft die Erhebung des Verhältnisses zwischen Pflegeeltern und -kindern in die Sphäre des Familienrechts forderte, damit nur die familienrechtliche Berücksichtigung der Eigenpflegekindschaft gemeint haben, die nach wie vor fehlt. Dennoch dürfte der Entwurf weithin den Wünschen Gierkes wie auch den vorliegenden Bedürfnissen gerecht werden. Da es, falls nicht das Gericht aus dem Kindesinteresse die Genehmigung versagt, jedermann freisteht, bei Eingehung einer Eigenpflegekindschaft auch den beurkundeten Sorgeübertragungsvertrag zu schließen, so ist damit praktisch der Ausschluß des beliebigen Rückforderungsrechts ermöglicht. Daß hierzu aber die prüfende Mitwirkung des Gerichts erforderlich ist, ist zwecks Vermeidung von Mißbräuchen als berechtigt anzusehen. Da sogar solchen Pflegeeltern, die ohne Vertrag mit dem Berechtigten ein Kind aufgenommen haben, die Möglichkeit einer rechtlichen Bekräftigung des Verhältnisses durch Abschluß des beurkundeten Vertrags des Entwurfs, wie oben schon ausgeführt, weithin offen steht, so dürfte die sonstige familienrechtliche Nichtberücksichtigung einer solchen Pflegekindschaft nicht zu beanstanden sein, da das öffentliche Interesse an klarer Regelung des Erziehungsrechts das Rechtsschutzinteresse solcher Pflegeeltern überwiegt.

Was das Verhältnis der Urkunds- zu den Aufsichtspflegekindern betrifft, so bleiben auch diese beiden Begriffe vollkommen selbständig nebeneinander bestehen, wenn sie sich auch zu einem Teil überschneiden. Sofern die Urkundspflegekinder noch nicht 14 Jahre zählen und sie in der tatsächlichen Pflege dessen sind, der die Personensorge übernommen hat, dieser auch nicht zu den im

[5]) Für den Vormund z. B., der sein Mündel wie ein eigenes Kind in seinem Hausstand hält und deshalb Eigenpflegevater ist, kann der beurkundete Vertrag des Entwurfs dann gar nicht in Frage kommen, wenn ihm schon als Vormund die Personensorge obliegt.

[6]) Vgl. Seite 486.

§ 21 JWG erwähnten Verwandten gehört, sind sie zugleich Aufsichtspflegekinder. Daß sie in der Pflege ihres nunmehrigen Sorgeberechtigten sind, steht der Aufsichtspflichtigkeit nicht entgegen, da auch die Pflege des Vormunds, auch wenn er voller gesetzlicher Vertreter ist, dem Kinde gegenüber als eine fremde gilt. Zur Übertragung der Personensorge ist dann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, zu der in der Regel wohl gleichzeitig beabsichtigten tatsächlichen Aufnahme des Kindes die Erlaubnis des Jugendamts erforderlich. Um ein möglichst einheitliches Arbeiten beider Behörden auf diesem Gebiet herbeizuführen, dürfte die Anhörung des Jugendamts vor Entscheidungen über die Genehmigung bzw. die Aufhebung einer Urkundspflegekindschaft vorzuschreiben sein, wie sie jetzt schon in den genehmigungspflichtigen Fällen eines Adoptionsvertrages erforderlich ist (vgl. §§ 43 Abs. 1 JWG, 1750 Abs. 1, 1751 Abs. 2 BGB). Ob, wie für den Vormund, so auch für die Urkundspflegeeltern die Möglichkeit einer Befreiung von der Aufsicht einzuführen sein wird, mag eine spätere Sorge sein.